Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung.

Nach geltendem Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

bacc. iur. **Rudolf Krüger**
Referendar in Chemnitz.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1909.

Meinen Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung 1

B. Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nach bürgerlichem Rechte 7

I. Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung 7

1. Allgemeines 7

2. Die Einwirkung der Todeserklärung auf die Ehe 9

3. Die Zulässigkeit der neuen Ehe insbesondere 11

4. Übergangsbestimmungen 13

5. Bestimmungen des internationalen Privatrechts 15

II. Die Eingehung der neuen Ehe, insbesondere die Ehehindernisse . 17

1. Allgemeines 17

2. Das Ehehindernis des § 1349 18

III. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Ehe 26

1. Der für tot erklärte Ehegatte lebt nicht mehr 26

2. Der für tot erklärte Ehegatte lebt noch 27

a) Nichtigkeit der neuen Ehe 27

b) Anfechtbarkeit nach § 1350 33

c) Kritisches zu § 1350 41

IV. Rechtsstellung der Ehegatten und Kinder der neuen Ehe . . . 44

V. Wirkung der Nichtigkeit Dritten gegenüber 49

VI. Wirkungen der Wiederverheiratung auf die frühere Ehe 50

1. Die Auflösung der früheren Ehe 52

2. Nachträgliche Aufhebung der Todeserklärung 54

3. Ungültigkeit der neuen Ehe 55

VII. Rechtsstellung der Ehegatten und Kinder der früheren Ehe . . . 66

1. Rechtsstellung der Ehegatten 66

2. Rechtsstellung der Kinder 71

a) Eheliche Abstammung 71

b) Unterhaltspflicht 74

c) Elterliche Gewalt 75

C. Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung im Gebiete des Strafrechts 78

1. Doppelehe 78

2. Ehebruch 82

3. Eheerschleichung 83

Literaturverzeichnis.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. Bd. 1. Leipzig 1902.

Boelling, Die Rechtsfolgen einer falschen Todeserklärung nach heutigem Recht. Diss. Heidelberg 1906.

Boschan, Rechtliche Stellung der von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kinder. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 Nr. 3.

Buhl, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der Ehe. In der Festschrift für Bekker. Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1904.

Dernburg, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung eines Gatten. In der Festschrift für den 26. Deutschen Juristentag. Berlin 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Abt. 2. Berlin 1908.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. Bd. 4 u. 9.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 60.

Erler, Das Wiederaufleben aufgelöster Ehen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In der Deutschen Juristenzeitung 1896 Nr. 12 S. 229.

Erler, Ehescheidungsrecht und Ehescheidungsprozeß. Berlin 1900.

Erler, Juristische Monatsschrift für Posen und Westpreußen 1898 Nr. 3: Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf den strafrechtlichen Bestand der Doppelehe.

Fischer, Die Ungültigkeit der Ehe und ihre Folgen insbesondere bei Formmängeln. In Iherings Jahrbüchern Bd. 29.

Friedberg, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts. Leipzig 1903.

Franke, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung und Bigamie. In der Deutschen Juristenzeitung 1897 Nr. 19.

Fränkel, Familienrecht. Hannover 1898.

Frantzen, Die Wirkungen der Todeserklärung auf dem Gebiete des Familienrechts. Diss. Borna-Leipzig 1903.

Fuchs, Rechtliche Stellung des von einer Frau nach der Todeserklärung ihres Mannes geborenen Kindes. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 47.

Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. Bd. 2. Tübingen 1908.

Gierke, Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag. Sonderabdruck aus der Täglichen Rundschau. Berlin 1896.

Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. Jena 1901.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Vorträge. Mannheim 1900.

Hanseatische Gerichtszeitung, Beiblatt v. 3. 11. 1904. Hamburg.

Hinschius, Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung v. 6. 2. 1875. Berlin 1890.

Jakobi, Das persönliche Eherecht. Berlin 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, nebst Einführungsgesetz. Bd. 2. 1903.

Küntzel über Gierke, Das Bürgerliche Gesetzbuch und der Deutsche Reichstag. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 40.

Lehmkuhl, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.

Leonhard, Das persönliche Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft 3. Folge Bd. 7 1896.

Mallmann, Einfluß der Todeserklärung auf den Bestand der Ehe. In der Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht Bd. 37 Heft 6. 1906.

Mannherz, Der Einfluß der Todeserklärung auf den Bestand der Ehe. Im Rheinischen Archiv Bd. 99 Heft 3 1903.

Mariolle, Die Wiederverheiratung der reichsangehörigen Ehefrau eines von den Gerichten seines Heimatsstaats für tot erklärten Ausländers. In Böhms Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht Bd. 9. Leipzig 1899.

Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 4. Breslau 1905.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1888.

Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 6. Leipzig 1903.

Niedner, Das Einführungsgesetz. Berlin 1901.

Olshausen, Das Kammergericht zur Frage der rechtlichen Stellung der Kinder der Frau eines Verschollenen. In der Deutschen Juristenzeitung 1903 Nr. 6.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. Berlin 1908.

Opet und **v. Blume,** Familienrecht. Berlin 1906.

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch. 1885.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1908.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1897.

Rehbein, Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung und Bigamie. In der Deutschen Juristenzeitung 1897 Nr. 10.

Sartorius, Kommentar zum Personenstandsgesetz. München 1902.

v. Scherer, Handbuch des Kirchenrechts. Bd. 1. Graz u. Leipzig 1898.

Schmidt, Arthur, Familienrecht. München 1907.

Schroeder, Verlöbnis und Ehe. Wiesbaden 1897.

v. Sicherer, Personenstand und Eheschließung in Deutschland. Erlangen 1881.

Staudinger-Engelmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Bd. 4. München 1908.

Süßheim, Das Namensrecht von Frau und Kind im Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts. 6. Folge. 3. Jahrg. 1899.

A. Einleitung.

In zahlreichen, dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche zeitlich voraufgehenden Gesetzgebungen hat die Frage, ob im Falle einer Todeserklärung eine Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten zulässig sei, Beachtung gefunden. Dies geschah wohl weniger deswegen, weil die Praxis gesetzliche Regelung der Materie forderte (die praktischen Fälle mögen auch schon früher mehr in der Phantasie des Dichters[1]) existiert haben als vor Gericht). Vielmehr ist der Grund hierzu in dem Standpunkte zu suchen, den sowohl die katholische als auch die evangelische Kirche in bezug auf die Trennbarkeit der Ehe einnahmen.

Das kanonische Recht und ebenso das gemeine protestantische Kirchenrecht standen der Trennbarkeit der Ehe ablehnend gegenüber.[2]) Beide verboten die Eingehung einer neuen Ehe nach voraufgegangener Scheidung. Besonders streng verfuhr dabei das kanonische Recht, weil es die Ehe als Sakrament behandelte.

War der frühere Ehegatte gestorben, so duldete es, wenn auch mißbilligend,[3]) die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten. Die Zulässigkeit der Eingehung dieser neuen Ehe setzte aber den sicheren Nachweis des Todes des früheren Ehegatten voraus. Keinesfalls war eine Todeserklärung genügend.[4]) Ging der zurückgelassene Ehegatte trotzdem eine neue Ehe ein, so war dieselbe als Doppelehe nichtig, wenn nicht der Verschollene zur Zeit der Eheschließung wirklich gestorben war. Lebte er noch, so

---

[1]) Es sei hier nur an Tennysons Enoch Arden erinnert.

[2]) Friedberg S. 407, 495; vgl. auch Luthardt, Kompendium der theologischen Ethik, Leipzig 1896, S. 316.

[3]) Friedberg S. 495.

[4]) v. Scherer S. 354.

war der conjux binubus gezwungen, ihm weiterhin als Ehegatte anzugehören, gleichgültig, ob er ihm infolge der langen Trennung innerlich entfremdet war. Die neubegründete Familie mußte er im Stiche lassen. Daß dies im höchsten Grade unbillig war, bedarf keines besonderen Hinweises. Das kanonische Recht vertritt jedoch diesen Standpunkt auch heute noch.

Das gemeine protestantische Kirchenrecht enthielt insofern eine Milderung dieser Härte, als es die neue an sich nichtige Ehe dann konvaleszieren ließ, wenn der Verschollene starb, ehe die Nichtigkeit der neuen Ehe ausgesprochen worden war.[5])

Der Grundsatz des kanonischen Rechts, wie er oben dargelegt wurde, ist auch in das deutsche gemeine Recht übergegangen.[6])

Die deutschen Partikularrechte dagegen haben, wenn auch nur zum Teil, versucht, sich von dem Standpunkte des kanonischen Rechts zu emanzipieren und eine gerechtere Lösung des Problems zu finden. Es sind dabei sehr verschiedenartige Wege eingeschlagen worden. Im ganzen kann man fünf Gruppen unterscheiden, je nachdem wie weit die einzelne Gesetzgebung vom kanonischen Rechte abgerückt ist.

1. Ganz dem kanonischen Rechte treu geblieben ist das französische Recht, das als deutsches Partikularrecht für das linksrheinische Deutschland in Frage kommt. Es gestattete die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nicht. Die neue Ehe war daher nichtig, wenn der Verschollene noch lebte. Dieser konnte nach art. 139 code civil die Trennung der neuen Ehe verlangen. Diese Regelung entsprach dem Wesen der Verschollenheitserklärung des französischen Rechts, die nur vermögensrechtliche, nicht aber familienrechtliche Wirkungen hatte.

2. Grundsätzlich nahmen die gleiche Stellung ein: das badische Landrecht, der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen von 1844, das gothaische Ehegesetz und auch die nürnbergische Ehescheidungsordnung v. 25. 11. 1803. Alle diese Gesetzgebungen haben die Härte, die in der Untrennbarkeit der früheren Ehe liegen, nicht verkannt. Sie haben sie

---

[5]) Mot. Bd. 4 S. 641; Frantzen S. 13.

[6]) Friedberg S. 408.

dadurch auszugleichen versucht, daß sie die Scheidung der Ehe wegen Verschollenheit ermöglichten. Der Wiederverheiratung des geschiedenen Ehegatten stand natürlich nichts entgegen. So gestattete Art. 232a des badischen Landrechts die Ehescheidung wegen Verschollenheit, der hessische Entwurf schrieb die Trennung der Ehe vor, wenn sich der zurückgebliebene Ehegatte auf die gerichtliche Verschollenheitserklärung berief. Das gothaische Ehegesetz statuierte in Art. 95, 96 als besonderen Scheidungsgrund fünfjährige nachrichtenlose Abwesenheit ohne den Vorsatz böslicher Verlassung, und die nürnbergische Ehescheidungsordnung gestattete die Ehescheidung, wenn sich ein Ehegatte „aus nicht unerlaubten und erheblichen Gründen" entfernt hatte.[7])

Im Gebiete des gemeinen Rechts scheint man selbst in unzulässiger Weise den Scheidungsgrund der böslichen Verlassung dazu benutzt zu haben, um im Falle der Todeserklärung eine Wiederverheiratung zu ermöglichen.[8])

3. Einen wenn auch kleinen Schritt weiter ging das bayerische Landesrecht, indem es in dem AG. z. ZPO. und KO. v. 23. 2. 1879 Art. 118, 119 der Sterbeurkunde die vollstreckbare Ausfertigung des Todeserklärungsurteils gleichstellte. Es genügte daher, wenn bei der neuen Eheschließung der Nupturient diese Ausfertigung vorlegte. Die Erfordernisse des § 45 PStG. waren damit erfüllt. Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung war sonach für zulässig erklärt worden. Die hiernach erlaubte Ehe jedoch wurde für den Fall, daß der für tot Erklärte noch lebte, nicht geschützt; sie war vielmehr nach den Grundsätzen des kanonischen Rechts als Doppelehe nichtig.

Deutlicher findet sich dieser inkonsequente Standpunkt in den bayerischen Gesetzen v. 19. 12. 1873 und 24. 7. 1874, die den Hinterbliebenen der Kriegsteilnehmer von 1866, 1870/71 die Wiederverheiratung expressis verbis gestatteten, jedoch zugleich für den Fall, daß ein verschollener Kriegsteilnehmer zurückkehrte, bestimmten, daß es dann so gehandhabt werden sollte, wie wenn die neue

---

[7]) Hinschius S. 121; Sicherer S. 356.

[8]) So z. B. in Oldenburg vor 1844; vgl. Sicherer S. 223; vgl. hierzu auch Mot. Bd. 4 S. 18, die von einer schädlich laxen Praxis in bezug auf die Ehescheidung wegen böslicher Verlassung sprechen.

Ehe auf Grund einer unrichtigen Sterbeurkunde geschlossen worden wäre.

In Württemberg hat sich schon weit früher die Praxis nach demselben Grundsatze gerichtet. Auf Grund einer Bekanntmachung des Geheimen Rates v. 2. 2. 1817 wurde den Hinterbliebenen der im russischen Feldzuge von 1812 Verschollenen die Wiederverheiratung nach einer besonderen cognitio causae seitens des Ehegerichts gestattet, jedoch für den Fall der Rückkehr eines solchen Verschollenen die Ehe mit diesem als fortbestehend erklärt.[9])

4. Das sächs. BGB. §§ 1708 ff. ließ für den Fall der Todeserklärung nicht nur die Wiederverheiratung zu, sondern es bestimmte auch, daß die neue Ehe als gültig fortbestehe, wenn die Todeserklärung unrichtig sei, weil der Verschollene noch lebe.

Diesen Erfolg ließ es aber nicht ohne weiteres eintreten, sondern machte ihn von einem besonderen Verfahren und einem Erkenntnisse des Ehegerichts abhängig, m. a. W. es verlangte vor der Schließung der Ehe eine sachliche Nachprüfung der Voraussetzungen der Todeserklärung. Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung begründete sich daher auch nicht auf die Todeserklärung, sondern auf das ehegerichtliche Erkenntnis. Die Aufhebung der Todeserklärung im Falle des Fortlebens des Verschollenen mußte daher auf den Bestand der neuen Ehe ohne Einfluß bleiben.

Einen Ausgleich zugunsten der früheren Ehe suchte das sächs. Bürgerliche Gesetzbuch dadurch zu schaffen, daß es dem conjux binubus das Recht gab, die Scheidung der neuen Ehe zu verlangen. Dieses Recht war an eine sechsmonatige Frist gebunden (§ 1710 sächs. BGB.).

Gleiche Vorschriften enthielt die oldenburgische Verordnung v. 14. 2. 1844; nur fehlte ihr das Scheidungsrecht des conjux binubus. Auch galt dieselbe nur für die evangelischen Landesuntertanen Oldenburgs. Bezüglich der katholischen entschied das kirchliche Ehegericht.[10])

---

[9]) Hinschius S. 225 und die dort angeführte Literatur; Sicherer S. 218.

[10]) Es galt also kanonisches Recht, und zwar auch nachdem die kirchliche Ehegerichtsbarkeit aufgehoben war. Der Wechsel in der Zuständigkeit ändert das geltende Recht nicht (Sicherer § 34).

5. Ohne weiteres, also auch ohne ehegerichtliche Prüfung war die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung gestattet im ALR. (II, 1 §§ 666 ff.), im bremischen Recht (bremische Verordnung v. 28. 6. 1826 §§ 21, 29), lübischen Recht (lübische Verordnung v. 30. 12. 1829 § 16), hamburgischen Recht (Gesetz v. 14. 7. 1879 Art. 14), hannoverschen Recht (Gesetz v. 23. 5. 1848 § 16).

In allen diesen Gesetzgebungen bestand die alte Ehe bis zur Wiederverheiratung fort. Für das preußische Recht wurde dies allerdings bestritten und behauptet, daß dort der Todeserklärung eheauflösende Kraft innewohne.[11]) Dem stand jedoch die Bestimmung in § 667 II, 1 ALR. entgegen, daß die alte Ehe fortbestehe, wenn der Verschollene vor der Wiederverheiratung seines Ehegatten zurückkehre.

In allen den angeführten Gesetzgebungen blieb die neue Ehe gültig, auch wenn der Verschollene noch lebte. Im lübischen Recht wurde allerdings hierzu als Voraussetzung gefordert, daß der conjux binubus in bezug auf das Fortleben des Verschollenen gutgläubig war; im hannoverschen Rechte wurde diese bona fides sogar für beide Nupturienten der neuen Ehe gefordert, und außerdem war die Geltung des hannoverschen Gesetzes auf die nichtkatholischen Untertanen beschränkt. Für die Katholiken war das kanonische Recht maßgebend.[12])

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat Stellung zu der Frage der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung genommen. Angesichts der so weit auseinandergehenden Regelungen in den Partikularrechten und im Kirchenrecht mochte dies als eine Notwendigkeit erscheinen, wenn auch die Möglichkeit eines praktischen Falls in der Jetztzeit, der Zeit des Weltverkehrs, fast ausgeschlossen ist. Immerhin ist die ausführliche Regelung, die das Bürgerliche Gesetzbuch gibt, mit der Seltenheit des praktischen Falls kaum vereinbar.[13])

---

[11]) vgl. Habicht S. 73; Sicherer S. 223 Anm. 21.

[12]) Außerdem gab es noch eine Anzahl Sonderbestimmungen für die Hinterbliebenen der Kriegsteilnehmer von 1864, 1866, 1870/71, in Ansehung der Gebiete, in denen französisches Recht galt. Bestritten ist die Frage der Zulässigkeit der Wiederverheiratung im schleswig-holsteinischen Rechte; vgl. Sicherer § 34.

[13]) vgl. Endemann S. 220 ff.: Die breite Ausführlichkeit der Normengebung steht in keinem Verhältnis zu der geringen praktischen Bedeutung.

Das Zustandekommen der jetzt geltenden Bestimmungen vollzog sich nicht ohne großen Widerspruch. Es fehlte nicht an Stimmen, die sie ganz ausgeschieden wissen wollten.[14])

Im 1. Entw. fand sich „die Auflösung der Ehe infolge der Todeserklärung" im Anschluß an die Regelung der Ehescheidung (vgl. §§ 1464, 1465 1. Entw.). Denselben Platz nahmen die Bestimmungen des 2. Entw. über „die Auflösung der Ehe im Falle der Todeserklärung" ein (vgl. §§ 1482—1485 2. Entw.).

Die Bundesrats- und mit ihr die Reichstagsvorlage schlossen die Materie den Eheanfechtungsgründen an (vgl. §§ 1333—1337 der Bundesratsvorlage und §§ 1331—1335 der Reichstagsvorlage).

Entsprechend ist das Bürgerliche Gesetzbuch verfahren. Es hat in §§ 1348—1352 unter dem schon von der Bundesratsvorlage angenommenen Titel: Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung die heute geltenden Bestimmungen aufgenommen.

Diese Regelung ist für weite Gebiete des bürgerlichen Rechts, namentlich des Familienrechts von Bedeutung; jedoch hat sie auch das öffentliche Recht, da wo dieses auf dem bürgerlichen fußt, beeinflußt. Wir werden im folgenden, nachdem wir die bürgerlichrechtliche Seite der Materie beleuchtet haben, auf die Bedeutung derselben im Gebiete des Strafrechts zu sprechen kommen.

---

[14]) vgl. den Antrag in der Kommission für die 2. Lesung; Prot. Bd. 4 S. 452ff.

B. Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nach bürgerlichem Rechte.

I. Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung.

1. Allgemeines.

Die Zulässigkeit der Eingehung einer Ehe seitens einer Person, die früher schon einmal eine Ehe geschlossen hat,[15]) ergibt sich materiellrechtlich aus § 1309. Voraussetzung ist nur, daß die frühere Ehe zuvor aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

Die Fälle der Nichtigkeitserklärung sind im Gesetz erschöpfend aufgezählt (§§ 1323 ff.).

Die Auflösungsgründe entbehren einer solchen Aufstellung. Von § 1348 Abs. 2, der unten eingehend zu erörtern sein wird, abgesehen, spricht das Bürgerliche Gesetzbuch ausdrücklich von der Auflösung der Ehe nur im Falle der Ehescheidung (§ 1564). Aus zahlreichen Vorschriften des Gesetzes geht jedoch hervor, daß die eheauflösende Kraft vornehmlich dem Tode eines Gatten innewohnt. Frühere Gesetzgebungen hatten dies ausdrücklich feststellen zu müssen geglaubt; das Bürgerliche Gesetzbuch hat jedoch eine solche Feststellung als selbstverständlich weggelassen.[16])

Formell hängt die Zulässigkeit der Wiederverheiratung nach § 45 PStG. von der Vorlegung von Urkunden über die Nichtigkeitserklärung oder Auflösung der früheren Ehe ab. Im Falle der Auflösung durch den Tod eines Ehegatten genügt die Vorlegung

---

[15]) Den Ausdruck „Wiederverheiratung" gebraucht das BGB. nur vereinzelt, so in §§ 1493, 1579, 1581, in der Überschrift des 4. Titels 3. Abschn. 5. Buch, EG. Art. 159. Sonst spricht es noch mehrfach von der Eingehung einer „neuen" Ehe.

[16]) Mot. Bd. 4 S. 640.

der Sterbeurkunde, d. i. eines Auszugs aus dem Personenstandsregister, in dem der Tod der Ehegatten beurkundet ist.

Ist nun der frühere Ehegatte verschollen und im Sinne der Vorschriften der §§ 14 ff. und nach dem Verfahren der §§ 960 ff. ZPO. für tot erklärt worden, so besteht zwar eine Vermutung dafür, daß er wirklich gestorben sei; die Auflösung der Ehe jedoch durch den Tod des Ehegatten, wie sie § 1309 fordert, ist noch nicht erwiesen. Die noch so große Wahrscheinlichkeit für den tatsächlich eingetretenen Tod vermag den Mangel des strikten Beweises nicht auszugleichen. Es fehlt an der materiellen Voraussetzung zur Wiederverheiratung und, da eine Sterbeurkunde nicht vorhanden ist, auch an der formellen. Wo demnach der Beweis des Todes nicht noch nachträglich herbeigeschafft werden kann, müßte der Zurückgebliebene dauernd ein eheloses Leben führen, denn die Möglichkeit der Wiederverheiratung ist ihm verschlossen.

Die Verschollenheit ist auch nicht, wie in einigen Partikularrechten, ein besonderer Scheidungsgrund. Ja selbst derjenige, der in der Lage wäre, dem für tot erklärten Ehegatten die Absicht böslicher Verlassung nachzuweisen, könnte dieses Scheidungsrecht nicht dazu benutzen, sich die Möglichkeit der Wiederverheiratung zu verschaffen; denn der Erhebung der Scheidungsklage steht die Todesvermutung des § 18 entgegen. Die erste Prozeßvoraussetzung würde deshalb für ihn der Beweis der Unrichtigkeit der Todeserklärung sein, den zu führen er eben nicht imstande ist. Der Ehegatte eines für tot Erklärten befindet sich demnach hinsichtlich der Scheidung wegen böslicher Verlassung in einer noch schlimmeren Lage als der, dessen Ehegatte zwar verschollen, aber noch nicht für tot erklärt ist. Denn dieser kann zwar zweifelsfrei eine weitere Ehe nicht eingehen; er kann aber wenigstens wegen böslicher Verlassung auf Ehescheidung klagen und sich so Ehefreiheit verschaffen.[17])

Die offenbar unbillige Lage des zurückgebliebenen Ehegatten bietet genügende Veranlassung, zunächst zu untersuchen, welche Wirkungen die Todeserklärung auf die Ehe ausübt.

---

[17]) vgl. auch Jakobi S. 56.

2. Die Einwirkung der Todeserklärung auf die Ehe.

Die Wirkungen der Todeserklärung sind im Gesetz in mannigfacher Hinsicht geregelt. Ganz allgemein hat es ihr in § 18 zunächst die Wirkung der Todesvermutung beigelegt. Außer dieser allgemeinen Vorschrift hat es noch eine ganze Reihe einzelner, für bestimmte Rechtsverhältnisse speziell geltender Bestimmungen aufgestellt, so in vermögensrechtlicher Hinsicht: §§ 1974, 2031, 2252, 2370 Abs. 2, in familienrechtlicher Beziehung: §§ 1420, 1425, 1494, 1544, 1547 (eheliches Güterrecht), 1679 (elterliche Gewalt), 1884, 1885, 1921 (Vormundschaft und Pflegschaft).

Äußerlich auf die Ehe haben Bezug die §§ 1348—1352. Doch enthalten sie, wie man aus der Überschrift dieses Titels „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung" etwa entnehmen könnte, nichts über die Wirkungen der Todeserklärung auf die Ehe, sondern nur über die der Wiederverheiratung. Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung setzen sie voraus.

Das Bürgerliche Gesetzbuch enthält sich also einer ausdrücklichen Vorschrift über die Beziehungen der Todeserklärung zur Ehe.

In den obenerwähnten familienrechtlichen Sondervorschriften über die Wirkung der Todeserklärung finden sich verschiedene, die über die allgemeine Vermutungswirkung hinausgehen. Nach einzelnen Vorschriften, wie z. B. § 1420 u. a., werden Rechtsverhältnisse durch die Todeserklärung endgültig aufgelöst. Das Recht der Nutznießung und Verwaltung am eingebrachten Gute wird nicht durch die bloße Widerlegung der Todesvermutung wiedererlangt, vielmehr ist hierzu gemäß § 1245 eine besondere Klage erforderlich. Der Gesetzgeber bezweckt damit offenbar, diese und ähnliche familienrechtliche Verhältnisse, die von einer einschneidenden Wirkung sowohl für die Beteiligten selbst als auch für Dritte sind, einem ungewissen, durch die bloße Vermutungswirkung notwendig herbeigeführten Schwebezustand zu entziehen.

Die Ehe ist zweifellos von noch viel größerer Bedeutung für die Beteiligten und auch für Dritte als güterrechtliche und andere familienrechtliche Verhältnisse. Es liegt daher der Gedanke

einer analogen Anwendung der Bestimmungen, die der Todeserklärung rechtsauflösende Wirkung verleihen, auf die Ehe nahe. Es wäre dies die einfachste Lösung des Problems der Wiederverheiratung. Ist die Ehe durch die Todeserklärung ebenso wie durch den Tod gelöst, so steht der anderweiten Eheschließung des zurückgebliebenen Ehegatten nichts im Wege.[18])

Indessen stellen sich die angezogenen familienrechtlichen Vorschriften unverkennbar als Ausnahmen von der allgemeinen Bestimmung des § 18 dar. Als solche sind sie in ihrer Geltung auf das ihnen ausdrücklich zugewiesene Rechtsverhältnis beschränkt. Ihre Ausdehnung auf andere Rechtsverhältnisse, zumal auf die Ehe, verbietet sich daher von selbst.

Aus dem Fehlen aber einer besonderen ausdrücklichen Vorschrift, die auch in bezug auf die Ehe der Todeserklärung eine auflösende Wirkung zuschreibt, ist mit Sicherheit zu schließen, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die Wirkung der Todeserklärung auf die Ehe bei der allgemeinen des § 18 bewenden lassen will. Die Geltung der Vermutungswirkung ist unbeschränkt; die Ehe kann sich ihr nicht entziehen.[19]) Im 1. Entw. § 1235 Abs. 1 war dies besonders zum Ausdruck gebracht worden. Doch beseitigte schon der 2. Entw. diese Bestimmung, weil sie Selbstverständliches enthalte[20]) und das Gesetz nicht dazu da sei, dem Standesbeamten zur Belehrung zu dienen.

Die Auflösung der Ehe wird demnach vermutet, weil der Tod des Ehegatten vermutet wird. Maßgebend ist daher auch für die Auflösung der Ehe der im Ausschlußurteil festgestellte präsumtive Todestag.

Niemand kann sich nun noch auf die Ehe berufen, es sei denn, daß er gleichzeitig die Vermutung ihrer Auflösung widerlegt. Die von der zurückgebliebenen Ehefrau nach der Todeserklärung geborenen Kinder sind hinsichtlich ihrer Ehelichkeit genau

---

[18]) Endemann § 164 Anm. 7 spricht sich de lege ferenda für eine solche Wirkung der Todeserklärung aus.

[19]) Mot. Bd. 4 S. 18 ff.

[20]) Prot. Bd. 4 S. 22 ff.

so zu behandeln wie die nach dem tatsächlich erfolgten Tode geborenen.[21])

Gleichwie die Todesvermutung widerlegt werden kann, so ist dies auch bei der Vermutung der Auflösung der Ehe möglich. Die letztere steht und fällt mit der ersteren. Lebt der Verschollene noch, so hat er nie aufgehört, Ehegatte zu sein, und die von der zurückgebliebenen Ehefrau geborenen Kinder gelten alle als eheliche, gleichviel ob sie vor oder nach der Todeserklärung geboren wurden. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn die Todesvermutung zwar nicht widerlegt, aber die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage (ZPO. §§ 957, 973) aufgehoben wird. Auch diese Aufhebung hat rückwirkende Kraft.[22])

3. Die Zulässigkeit der neuen Ehe insbesondere.

Die Vermutung der Auflösung der Ehe steht immerhin der Auflösung selbst nicht gleich. § 1309 fordert die Auflösung schlechthin; er sagt darüber, ob die vermutete Auflösung der tatsächlich erfolgten gleichsteht, nichts.

Eine Rechtsvermutung ist eine Beweisregel: derjenige, zu dessen Gunsten sie besteht, wird des Beweises der vermuteten Tatsache überhoben und kann die Wirkungen der Tatsache in Anspruch nehmen, als ob sie bewiesen wäre.

Besteht also die Vermutung, daß die frühere Ehe durch den Tod des Verschollenen aufgelöst ist, so bedarf es des Beweises der tatsächlich eingetretenen Eheauflösung nicht mehr. Die Wirkung, die sich aus § 1309 an die Auflösung der früheren Ehe knüpft, kann ohne weiteres geltend gemacht werden: die Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten ist also zulässig.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es daher mit Recht für überflüssig erachtet, diese Zulässigkeit der Wiederverheiratung besonders auszusprechen. Dies hätte eine Abschwächung der Bedeutung der Rechtsvermutung zur Folge haben müssen.

Aus der materiellrechtlichen Zulässigkeit ergibt sich auch die formelle. § 45 PStG. verlangt nur, daß dem Standesbeamten

---

[21]) Über die Rechtsstellung der Kinder vgl. unten VII, 2a S. 71.

[22]) Gaupp-Stein zu §§ 973, 957.

die gesetzlich notwendigen Erfordernisse nachgewiesen werden. An Stelle der Sterbeurkunde tritt demnach schon der Nachweis des Vorhandenseins der Vermutung für den Tod des anderen Ehegatten; dieser wird allein geführt durch das im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung ergangene Ausschlußurteil.

Diese Gleichstellung des Ausschlußurteils mit der Sterbeurkunde war, wie oben[23]) ausgeführt, im bayer. AG. z. ZPO. und KO. v. 23. 2. 1879 §§ 118, 119 ausdrücklich normiert. Diese Bestimmung ist durch die Stellungnahme des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenstandslos geworden. Sie ist daher in der Fassung des angezogenen Gesetzes v. 26. 6. 1899 gestrichen worden.

Da es sich hier um den Fall der Todesvermutung handelt, so ist es nicht ausgeschlossen, daß der Tod des früheren Ehegatten und somit die Auflösung der alten Ehe in Wirklichkeit gar nicht eingetreten ist. Trotzdem ist die Wiederverheiratung zulässig. Erler u. a. haben hierin eine Ausnahme von § 1309 erblickt.[24]) Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Es wird ja gerade vermutet, daß der Fall des § 1309 und nicht eine Ausnahme hiervon vorliege. Das Ehehindernis der Doppelehe ist nicht beseitigt, sondern es wird sein Nichtvorhandensein vermutet. Die Wiederverheiratung ist demnach nicht trotz, sondern gemäß § 1309 zulässig. Im Erfolg muß allerdings Erler zugegeben werden, daß es hier möglich ist, in stehender Ehe eine neue Ehe einzugehen. Doch gerade dieser Erfolg würde, wäre er bei der Eheschließung bekannt gewesen, genügt haben, die Zulässigkeit der Wiederverheiratung zu verneinen.

Im Gegensatz zu den früheren Rechten hat das BGB. auf besondere Garantien für die Wahrscheinlichkeit der Auflösung der früheren Ehe verzichtet. Ein besonderes Verfahren, wie es sich neben dem Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung im sächsischen Rechte sowie in der oldenburgischen Gesetzgebung vorfand, ist von ihm als nutzlos verworfen worden, da ja das Aufgebotsverfahren vermöge des ihm eigenen Offizialbetriebs schon genügend Garantien biete.[25]) Bestimmend ist hier gewesen, daß

[23]) vgl. oben S. 3.

[24]) Erler, DJZ. 1896 S. 229 ff.; Kuhlenbeck zu § 1348.

[25]) Mot. Bd. 4 S. 18, 19.

sich in den Gesetzgebungen, die die Wiederverheiratung ohne ein solches Verfahren vor dem 1. 1. 1900 gestatteten, ein Bedürfnis nach einer nochmaligen Prüfung von Amts wegen nicht herausgestellt hat.

Ebenso ist vom BGB. entsprechend seinem interkonfessionellen Charakter eine Verschiedenheit der Regelung entsprechend der Verschiedenheit der Konfessionen, wie sie z. B. das hannoversche Recht kannte, abgelehnt worden.[26])

Auch die Besonderheit des hamburgischen Rechts, welches die erste Ehe schützte, wenn sie beerbt, die zweite aber unbeerbt war, ist nicht ins BGB. übergegangen, weil dadurch eine zu große Rechtsunsicherheit entstehen würde.[27])

Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung fällt weg, wenn die Todesvermutung hinsichtlich des früheren Ehegatten nicht mehr besteht. Dies kann der Fall sein: 1. wenn das Ausschlußurteil im Wege der Anfechtungsklage gemäß ZPO. §§ 957, 973 aufgehoben worden ist, und 2. wenn, ohne daß eine solche Aufhebung stattgefunden hat, der Beweis der Unrichtigkeit der Todeserklärung erbracht ist.

Sind diese Tatsachen oder eine von ihnen dem Standesbeamten bekannt, so hat er sie von Amts wegen zu berücksichtigen und die Eheschließung trotz Vorlegung des Ausschlußurteils für unzulässig zu erklären und seine Mitwirkung zu versagen.

Andrerseits ist es jedoch nicht erforderlich, daß der Nupturient den Nachweis erbringt, daß die erwähnten Tatsachen nicht vorliegen.

4. Übergangsbestimmungen.

Bisher ist ausgeführt worden, daß die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung zulässig ist, wenn die Todeserklärung auf Grund des jetzt geltenden Rechts erfolgte, also nach den §§ 14 ff. BGB. Das Einführungsgesetz berücksichtigt nun auch den Fall der Wiederverheiratung, wenn die Todeserklärung vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches erfolgt ist. An sich bestimmen sich die Wirkungen einer solchen Todeserklärung nach

---

[26]) Mot. Bd. 4 S. 645.

[27]) Mot. Bd. 4 S. 648.

dem bisherigen Rechte (Art. 158). Löste demnach die Todeserklärung nach früherem Rechte die Ehe ebenso auf wie der Tod selbst, so würde nach Art. 158 eine Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten unbedenklich zulässig sein. Andrerseits wäre sie ausgeschlossen, wenn die Todeserklärung des früheren Rechts keinerlei familienrechtliche Wirkung hatte.

Hier statuiert Art. 159 zugunsten der Zulässigkeit einer neuen Ehe eine Ausnahme. Auch wenn die Wiederverheiratung nach dem bisherigen Rechte nicht zulässig sein würde, wird sie gestattet. Die Vorschriften des BGB. §§ 1348 ff. sollen angewendet werden.

Die Bestimmung bedeutet, wie Habicht[28]) zutreffend bemerkt, lediglich eine Erweiterung der Zulässigkeit der Wiederverheiratung. Sie findet daher keine Anwendung, wenn die Zulässigkeit schon auf Grund des bisherigen Rechts ausgesprochen worden war. Wenn z. B. im Gebiete sächsischen Rechts das Ehegericht nach erfolgter Todeserklärung die Erklärung, daß die alte Ehe nicht mehr bestehe, abgegeben hat, dann ist die nach dem 1. 1. 1900 erfolgende Wiederverheiratung auf Grund der sächsisch-rechtlichen Bestimmungen zulässig. §§ 1348 ff. finden daher auf diese neue Ehe keine Anwendung; insbesondere besteht kein Anfechtungsrecht nach § 1350, wohl aber das befristete Scheidungsrecht des conjux binubus nach § 1710 sächs. BGB.[29])

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Art. 159 EG. ist notwendig, daß eine wirkliche Todeserklärung vorliegt. Die Einweisung des Erben des französischen Rechts ist keine Todeserklärung. Sie genügt nicht, um nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Sinne von Art. 159 eine Wiederverheiratung zu ermöglichen.

Dem Ehegatten eines im Gebiete französischen Rechts — als deutsches Partikularrecht — vor dem 1. 1. 1900 Verschollenen kommt Art. 162 EG. zu Hilfe, weil es ihm sonst schlechthin unmöglich sein würde, sich jemals wieder zu verheiraten. Hier wird für die Fälle, in denen eine nach den bisherigen Gesetzen

---

[28]) Habicht S. 71 ff.; ebenso Kuhlenbeck S. 226.

[29]) Unzutreffend Riedner S. 309.

erfolgte Einweisung des mutmaßlichen Erben ohne Einfluß auf Rechtsverhältnisse ist, auf die sich die Wirkungen der Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erstrecken, eine zweite, sich nunmehr nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs richtende Todeserklärung vorgeschrieben. Die Wirkungen derselben erstrecken sich nur auf die Rechtsverhältnisse, auf die die Erbeneinweisung des bisherigen Rechts keinen Einfluß hatte.

Auf das Verfahren zum Zwecke einer solchen ergänzenden Todeserklärung finden die Vorschriften der ZPO. §§ 960ff. unverändert Anwendung. Sie ermöglicht dann ohne weiteres wie jede gewöhnliche Todeserklärung die Wiederverheiratung.

5. Bestimmungen des internationalen Privatrechts.

Grundsätzlich ist die Zulässigkeit der Wiederverheiratung daran geknüpft, daß die Todeserklärung von einem deutschen Gericht, also auch nach dem in Deutschland geltenden Rechte ausgesprochen worden ist.

Dieser Grundsatz erleidet jedoch Ausnahmen. Sind beide Nupturienten oder auch nur einer Ausländer, so richtet sich die Zulässigkeit der Wiederverheiratung hinsichtlich eines jeden einzelnen von ihnen nach dem Rechte seines Heimatsstaats (Art. 13 Abs. 1 EG.). Hier ist es gleichgültig, ob ein deutsches oder ausländisches Todeserklärungsurteil vorlag.

Andrerseits ist die Zulässigkeit der Wiederverheiratung bei deutschen Nupturienten nicht deshalb schlechthin ausgeschlossen, weil nur ein ausländisches Todeserklärungsurteil vorliegt. Vielmehr ist die Möglichkeit vorhanden, daß das ausländische Urteil im Inlande anerkannt wird. Hier ist § 328 ZPO. maßgebend. Danach ist die Anerkennung des ausländischen Urteils ausgeschlossen:

1. wenn die Gerichte des Staats, dem das ausländische Gericht angehört, nach den deutschen Gesetzen nicht zuständig sind (§ 328 Abs. 1 Nr. 1);

2. wenn die Anerkennung des Todeserklärungsurteils gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (§ 328 Abs. 1 Nr. 4);

3. wenn für das Aufgebotsverfahren im Inlande ein Gerichtsstand begründet war und die Gegenseitigkeit nicht verbürgt ist (§ 328 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2).

Die übrigen Vorschriften des § 328 ZPO. sind hier gegenstandslos.[30])

Liegt nun einer dieser Gründe zur Nichtanerkennung des ausländischen Todeserklärungsurteils vor, so ist die Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten unzulässig. Denn dann liegt der Fall nicht anders, als ob gar keine Todeserklärung erfolgt wäre.

Hier liegt nun die Möglichkeit vor, eine inländische Todeserklärung nachträglich herbeizuführen. Dies ist ohne weiteres zulässig, wenn der Verschollene zu Beginn der Verschollenheit ein Deutscher war (Art. 9 Abs. 1 EG.).

War aber der Verschollene Ausländer, dann ist nach Art. 9 Abs. 3 EG. nur ausnahmsweise eine Todeserklärung zulässig, wenn die zurückgebliebene Ehefrau des Verschollenen Deutsche ist oder bis zu ihrer Verheiratung Deutsche gewesen ist. Diese Möglichkeit wird aber weiter eingeschränkt insofern, als der verschollene ausländische Ehemann seinen letzten Wohnsitz im Inland gehabt haben und seine Ehefrau im Inland zurückgeblieben oder dahin zurückgekehrt sein muß.

Die so herbeigeführte deutsche Todeserklärung ermöglicht dem Deutschen ohne weiteres die Wiederverheiratung, und auch für die zurückgebliebene ausländische Ehefrau des verschollenen Ausländers, die bis zu ihrer Verheiratung Deutsche war, ergibt sich die Zulässigkeit der Wiederverheiratung ohne weiteres aus Art. 13 Abs. 2 EG., durch den für sie hinsichtlich der Eingehung der Ehe die deutschen Gesetze für maßgebend erklärt werden.

Aus den Bestimmungen der Art. 9 Abs. 3, 13 Abs. 2 EG. ist aber nicht zu entnehmen, daß eine solche Ehefrau, um ihre Wiederverheiratung zu ermöglichen, gezwungen wäre, den Weg der nachträglichen Todeserklärung einzuschlagen. Vielmehr kann sie sich auch ohne eine solche, da sie Ausländerin ist, wieder verheiraten, wenn ihr dies die Gesetze ihres Heimatsstaats gestatten.

---

[30]) vgl. hierzu Niedner S. 29; Mariolle S. 300.

Denn nur auf die Ehefrau eines nach Art. 9 Abs. 3 schon für tot erklärten Ausländers kommen nach Art. 13 Abs. 2 die deutschen Gesetze zur Anwendung.[31])

II. Die Eingehung der neuen Ehe, insbesondere die Ehehindernisse.

1. Allgemeines.

Die neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten unterliegt denselben Formvorschriften wie jede andere Ehe. Es gelten hier die §§ 1316—1322.

Dasselbe ist von den gesetzlichen Ehehindernissen zu sagen, die das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 1303—1315 aufzählt. Daß insbesondere das Ehehindernis der Doppelehe des § 1309 hier nicht ausgeschaltet wird, ist oben[32]) bereits nachgewiesen.

Mangels besonderer Vorschrift findet auch das Ehehindernis der Wartezeit (§ 1313) auf die neue Ehe Anwendung. Die zurückgebliebene Ehefrau darf erst zehn Monate nach der Auflösung der früheren Ehe eine neue Ehe eingehen. Der Auflösung steht auch hier die vermutete Auflösung gleich. Es müssen also nach dem im Ausschlußurteil festgestellten präsumtiven Todestage zehn Monate vergangen sein, ehe die neue Ehe geschlossen werden darf, es sei denn, daß die Ehefrau inzwischen geboren hat.

Dieses Ehehindernis hat den Zweck, eine Unsicherheit darüber zu vermeiden, ob ein Kind ein eheliches der ersten oder zweiten Ehe ist. Es muß zugegeben werden, daß es auf den Fall der Wiederverheiratung, im Falle der Todeserklärung angewendet, seinen Zweck völlig verfehlt hat; denn hier ist es ausgeschlossen, daß ein Kind auch ein eheliches der ersten Ehe sein könnte.

Es liegt jedoch keine Veranlassung vor, hier eine Ausnahme anzunehmen, wie dies Frantzen[33]) tut. Dazu fehlt es an der gesetzlichen Grundlage. Die Härte, die dieses Ehehindernis mit

---

[31]) Zutreffend Mariolle S. 301.

[32]) vgl. S. 12.

[33]) Frantzen S. 23ff.

sich bringt, ist indessen nicht so groß, da doch das ganze Aufgebotsverfahren zeitlich nach dem präsumtiven Todestage liegt, also von den zehn Monaten Wartezeit schon ein Teil verflossen sein wird, wenn der Nupturient in der Lage ist, das Ausschlußurteil dem Standesbeamten vorzulegen. Übrigens hat das Bürgerliche Gesetzbuch für einen solchen unbilligen Fall in § 1313 Abs. 2 die Möglichkeit der Befreiung vorgesehen.[34])

2. Das Ehehindernis des § 1349.

Das Gesetz fügt in § 1349 den allgemeinen Ehehindernissen ein neues hinzu. Die Zulässigkeit der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung gründet sich gerade wie im Falle der Nichtigkeitserklärung oder Scheidung der früheren Ehe auf ein gerichtliches Urteil. Ein solches ist jedoch, auch wenn es die Rechtskraft beschritten hat, veränderlich. Es kann umgestoßen oder abgeändert werden, und das Gesetz bietet hierzu selbst die Mittel an, indem es die Nichtigkeits- und Restitutionsklage gibt (ZPO. §§ 578 ff.).

Sobald eine dieser Klagen erhoben ist, ist die Existenz der die Zulässigkeit der Wiederverheiratung begründenden Entscheidung bis zur Beendigung jenes Prozesses in Frage gestellt. Deshalb verbietet § 1309 Abs. 2 die Eingehung einer neuen Ehe während der Dauer des Rechtsstreits.

Beim Ausschlußurteil ist die Möglichkeit, die Aufhebung desselben zu erreichen, ebenfalls gegeben. Das Gesetz sieht hierfür die Anfechtungsklage vor (§§ 957 ff., 973 ZPO.). Ein zu Recht angefochtenes Ausschlußurteil wird aufgehoben. Dann entfällt natürlich auch die erste Voraussetzung zur Zulässigkeit der Wiederverheiratung. Während der Dauer des Anfechtungsprozesses besteht demnach Unsicherheit, ob die Wiederverheiratung zulässig ist oder nicht. Deshalb verbietet das Gesetz analog der Bestimmung des § 1309 Abs. 2 in § 1349, vor Erledigung des Rechtsstreits eine neue Ehe einzugehen.

Dieses Ehehindernis war schon im 1. Entw. § 1235 Abs. 2[35])

---

[34]) Übereinstimmend die herrschende Lehre (Planck, A. Schmidt, Habicht).

[35]) Mot. Bd. 4 S. 19, 20.

und ebenso im 2. Entw. § 1215 Abs. 2[36]) enthalten. Während es dort den übrigen Ehehindernissen — getrennt von den sonstigen Bestimmungen über die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung — angereiht war, findet es sich in den übrigen Entwürfen an der gleichen Stelle wie im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Voraussetzungen.

1. Es muß eine Anfechtungsklage im Sinne von §§ 957 Abs. 2ff., 973 ZPO. erhoben sein. Das Ehehindernis tritt am Tage der Zustellung der Klage in Kraft (§ 253 ZPO.).

Eine Anfechtung außerhalb des Klagewegs ist unwirksam und kann demnach auch ein Ehehindernis nicht begründen.

Unerheblich ist, wer die Klage erhebt. Nach § 974 Abs. 1 ZPO. ist dazu jeder berechtigt, der ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung der Todeserklärung hat. Ebenso ist es gleichgültig, gegen wen die Anfechtungsklage erhoben worden ist. In erster Linie ist dieselbe nach § 974 Abs. 2 ZPO. gegen denjenigen zu richten, der die Todeserklärung erwirkt hat, falls er aber verstorben, unbekannten Aufenthalts oder im Auslande aufhältlich ist oder selbst Anfechtungskläger ist, gegen den Staatsanwalt. Der Nupturient braucht also nicht Prozeßpartei zu sein. Er kann sich jedoch dem Rechtsstreite gemäß § 66 ZPO. als Nebenintervenient anschließen, da er ein rechtliches Interesse daran hat, daß der Anfechtungsbeklagte im Prozesse obsiegt.[37])

Worauf sich die Anfechtungsklage stützt, ist ebenfalls unerheblich. Sie kann zunächst auf die Gründe des § 957 Abs. 2 gestützt sein, kann jedoch auch damit begründet sein, daß die Todeserklärung im Sinne von § 973 ZPO. zu Unrecht erfolgt sei. Im letzteren Falle kann sowohl geltend gemacht werden, daß der Verschollene noch am Leben sei, als auch, daß die materiellen Voraussetzungen zur Todeserklärung noch nicht vorliegen, daß z. B. irrtümlich eine der kurzen Verschollenheitsfristen angenommen worden sei, während die reguläre hätte zur Anwendung kommen müssen, die aber noch nicht abgelaufen sei.

---

[36]) Prot. Bd. 4 S. 452.

[37]) So Planck zu § 1349.

Stets aber muß die Tatsache, daß der Verschollene noch lebt, ungewiß sein. Ist sie nämlich offenkundig, z. B. wenn der Anfechtungskläger zweifelsfrei mit dem Verschollenen identisch ist, begründet die Anfechtung nicht das Ehehindernis des § 1349; vielmehr tritt in einem solchen Falle das des § 1309 in Kraft, da ja die frühere Ehe mit Sicherheit noch nicht aufgelöst ist.

2. Die Anfechtungsklage muß als petitum die Aufhebung der Todeserklärung enthalten. Erstrebt sie lediglich die Änderung des im Ausschlußurteil festgestellten präsumtiven Todestages, so wird durch ihre Erhebung das Ehehindernis des § 1349 nicht begründet. Dies steht zwar nicht mit klaren Worten im Gesetz. Jedoch ist offenbar, wenn auch nur von der Anfechtung gesprochen wird, die Aufhebung des Urteils infolge Anfechtung gemeint.

An Wahrscheinlichkeit gewinnt diese Annahme durch den Zusammenhang mit § 1348, in dem am Schlusse des Abs. 2 von der Aufhebung der Todeserklärung die Rede ist. Zugegeben muß jedoch werden, daß der Wortlaut des Gesetzes ungenau ist.

Eine Anfechtung, die nur den Zweck der Änderung des Todestages hat, kann eine Unsicherheit über die Existenz der Todeserklärung niemals herbeiführen. Diese Unsicherheit ist jedoch, wie oben ausgeführt wurde, allein ausschlaggebend für die Statuierung des Ehehindernisses gewesen. Nach Erledigung des Rechtsstreits muß demnach die Wiederverheiratung, gleichgültig welchen Erfolg die Klage hat, zulässig sein. Es ist unverständlich, warum dann die Erledigung des Prozesses erst abgewartet werden soll. Nur eine allzu wörtliche Auslegung des Gesetzestextes kann zu dieser Meinung führen.[38])

Einen Einfluß kann die die Änderung des Todestages bezweckende Anfechtungsklage allerdings dann haben, wenn sie eine Verschiebung der zehnmonatigen Wartezeit der zurückgebliebenen Ehefrau über den Zeitpunkt der beabsichtigten Eheschließung hinaus zur Folge hat.[39]) Dann besteht Unsicherheit, ob das Ehehindernis der Wartezeit noch in Kraft ist oder nicht. Es wirkt

[38]) Übereinstimmend die herrschende Lehre: Planck zu § 1349 Ziff. 1; Opet zu § 1349; A. Schmidt S. 138 Ziff. 2; Kuhlenbeck § 1349; Frantzen S. 22. A. M. Staudinger § 1349; Sartorius S. 244ff.

[39]) So Frantzen S. 22.

daher nicht die Erhebung der Anfechtungsklage, sondern die Wartezeit als Ehehindernis.

3. Ob es zu den Voraussetzungen des § 1349 gehört, daß die Anfechtungsklage rechtzeitig erhoben ist, ist bestritten. Es herrscht zunächst Unklarheit über den Begriff der Rechtzeitigkeit. Es sind zwei verschiedene Fristen zu unterscheiden. Für die Anfechtungsklage nach § 957 Abs. 2 ist in § 958 ZPO. eine Notfrist von einem Monat bestimmt, die von dem Tage an läuft, an dem der Kläger Kenntnis vom Ausschlußurteile oder in den Fällen des § 957 Abs. 2 Nr. 4 u. 6 vom Anfechtungsgrund erhalten hat.

Dieser Notfrist des § 958 steht für den Fall der Anfechtung nach § 973 ZPO. eine Ausschlußfrist von einem Monat gegenüber, die von dem Tage der Verkündung des Ausschlußurteils an läuft.

Ist diese letztere Frist versäumt, dann hat die Erhebung der Anfechtungsklage überhaupt keine Wirkung. Sie kann nicht zur Aufhebung der Todeserklärung führen, denn sie muß ex officio abgewiesen werden. Sie steht in ihrer Wirksamkeit der nicht erhobenen Anfechtungsklage gleich. Da die versäumte Frist keine Notfrist ist, so ist auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand undenkbar. Sie vermag daher niemals ein Ehehindernis nach § 1349 zu begründen.

Anders verhält es sich bei der Notfrist nach § 958 ZPO. Hier gibt es die restitutio in integrum. Die Versäumung der Frist hat die Abweisung der Klage nicht unbedingt zur Folge. Hier besteht die Unsicherheit in bezug auf den Bestand der Todeserklärung trotz der verspäteten Klageerhebung. Das Ehehindernis tritt daher trotz Versäumung der Frist in Kraft.[40]) Gemäß § 958 Abs. 2 ZPO. ist die Klage nach § 957 Abs. 2 nach Ablauf von zehn Jahren unstatthaft. Es würde dann eine trotzdem erhobene Klage gerade so wie die nach § 973 nicht rechtzeitig erhobene zu einer Aufhebung des Todeserklärungsurteils niemals

---

[40]) Sartorius S. 244; Planck zu § 1349; Schmidt S. 138; Frantzen S. 21 behandeln beide Fristen gleich und lassen das Ehehindernis nach § 1349 trotz Versäumnis in Kraft treten.

führen können. Denn auch diese zehnjährige Frist ist eine Ausschlußfrist, bei der die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unmöglich ist. Hier spricht jedoch § 1349 Halbsatz 2 den Wegfall des Ehehindernisses ausdrücklich aus. Man könnte hieraus schließen, daß im Falle des § 973 ein solcher Wegfall des Ehehindernisses trotz Unstatthaftigkeit der Anfechtungsklage nicht beabsichtigt sei, weil es an einer besonderen diesbezüglichen Feststellung fehle. Dies ist m. E. unzutreffend. Denn es führt zu der bedenklichen Auffassung, daß auch im Falle des § 973 ZPO. das Ehehindernis erst nach Ablauf von zehn Jahren nach der Verkündung des Ausschlußurteils wegfällt, obwohl schon nach Ablauf eines Monats von dem erwähnten Zeitpunkte an die Erhebung der Klage unstatthaft ist.

Vielmehr muß analog aus dem Wegfall des Ehehindernisses nach Ablauf der zehn Jahre im Falle des § 958 Abs. 2 auch auf den Wegfall desselben im Falle des § 973 geschlossen werden.

§ 1349 hat zweifellos nur die Anfechtung nach § 957 Abs. 2 im Auge.

Bei Zugrundelegung der gegenteiligen Ansicht kommt man notwendig zu einer Lücke im Gesetz. Denn dieses kann unmöglich beabsichtigt haben, ein Ehehindernis auf zehn Jahre festzusetzen, wo doch die Anfechtungsklage schon nach Ablauf eines Monats nicht mehr statthafterweise erhoben werden kann.

Wegfall des Ehehindernisses.

Das Ehehindernis nach § 1349 fällt weg mit der Erledigung des Anfechtungsprozesses.

Wird der Anfechtungsklage stattgegeben, so tritt mit der Rechtskraft des Urteils an Stelle dieses Ehehindernisses das des § 1309.

Wird die Klage abgewiesen oder zurückgenommen, so ist die Wiederverheiratung — im ersteren Falle mit der Rechtskraft des Urteils — wieder zulässig.

Außerdem fällt das Ehehindernis mit dem Ablauf von zehn Jahren nach der Verkündung des Ausschlußurteils weg (§ 1349 Halbsatz 2).

Wie oben[41]) ausgeführt, gilt dies nur für die Anfechtungsklage nach § 957 Abs. 2 ZPO.

Im Falle des § 973 ZPO. fällt das Ehehindernis mit dem Ablauf eines Monats von der Verkündung des Ausschlußurteils ab gerechnet weg. Daß dies nicht aus dem Wortlaut des § 1349 hervorgeht, sondern mit Hilfe eines Analogieschlusses gefunden werden muß, ist oben erwähnt worden. Hier sei noch darauf hingewiesen, daß § 1349 in zweifacher Hinsicht ungenau ist und daher zu irrigen Auslegungen Anlaß gegeben hat: er spricht anstatt von der Aufhebung der Todeserklärung lediglich von deren Anfechtung und überläßt es dem Interpretenten, den Fall der Anfechtung zum Zwecke der Änderung des festgestellten Todestages auszuschalten, und hier übersieht er den Fall des § 973 ZPO. Aus dem einen wie aus dem anderen Mangel darf jedoch nicht auf die Absicht einer sinnwidrigen Erweiterung der Anwendung des Ehehindernisses geschlossen werden.

An den Wegfall des Ehehindernisses durch Zeitablauf knüpft Leonhard[42]) die Bemerkung, es sei hier dem zurückgebliebenen Ehegatten eine usucapio libertatis gegeben. Dies sei eine merkwürdige Begünstigung des heiratsbereiten Ehegatten. M. E. ist diese Folgerung unzutreffend, da doch auch nach Ablauf des Zeitraumes die Widerlegung der Todesvermutung außerhalb des Prozesses — durch den Beweis des Fortlebens des Verschollenen — erbracht werden kann. Wenn auch, was die Anfechtungsklage anbetrifft, eine solche usucapio libertatis vorliegt, so kann sie in Anbetracht der Zeit, die etwaigen Interessenten zur Erhebung der Klage zur Verfügung stand, aber nicht ausgenützt wurde, nicht als ungerechtfertigt bezeichnet werden.

Wirkung des Ehehindernisses.

Das Ehehindernis des § 1349 ist ein impedimentum tantum impediens. Die unter Nichtachtung desselben abgeschlossene Ehe ist nicht nichtig. Dies ergibt sich aus § 1323, der die Verletzung des § 1349 nicht mit unter den Nichtigkeitsgründen aufzählt,

---

[41]) S. 22 oben.

[42]) Leonhard S. 228.

während er sie im übrigen erschöpft. Die trotz § 1349 abgeschlossene Ehe ist aber ebensowenig anfechtbar; sonst müßte sie in § 1330 mit aufgezählt sein.

Auch hierin entspricht § 1349 den Ehehindernissen des § 1309 Abs. 2.

Im Anschlusse hieran sei eine Ansicht zurückgewiesen, die de lege ferenda das Ehehindernis des § 1349 auch auf den Fall ausgedehnt wissen will, daß der Beweis des Lebens des Verschollenen außerhalb eines Anfechtungsprozesses, beispielsweise in einem anderen Zivilprozesse, in dem sich an das Leben des Verschollenen wichtige Rechtsverhältnisse anknüpfen, geführt wird.[43]) Diese Ansicht geht von der richtigen Erwägung aus, daß es zur Aufhebung der Todeserklärung gar nicht der Anfechtungsklage bedarf, sondern auch jede formlose Widerlegung der Todesvermutung hierzu imstande ist. Sie verkennt aber durchaus den Zweck des § 1349. Dieser will nicht die Eheschließung des zurückgebliebenen Ehegatten verhindern, weil ganz im allgemeinen die Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, daß der Verschollene noch lebt. Daß diese Wahrscheinlichkeit gerade in einem Prozeß — es ist an einen Prozeß gedacht, in dem eine Lebensversicherungsgesellschaft den Beweis des Fortlebens erbringen will — zutage tritt, würde m. E. kein besonderer Grund zur Statuierung eines Ehehindernisses sein. Denn einmal unterliegt eine solche Beweisführung in den meisten Fällen der im Zivilprozeß vorherrschenden Verhandlungsmaxime; der Beweis würde daher nicht immer die absolute Wahrheit darstellen. Ferner ist nicht abzusehen, warum dann nicht auch der Behauptung eines glaubwürdigen Dritten, etwa einer Behörde, daß sie imstande sei, jenen Beweis vom Fortleben des für tot Erklärten zu erbringen, dieselbe Bedeutung beizumessen wäre.

Das Gesetz knüpft jedoch, indem es nur von der Aufhebung der Todeserklärung spricht, offenbar das Ehehindernis gar nicht an die Wahrscheinlichkeit des Beweises vom Fortleben des für tot Erklärten, sondern nur an die tatsächliche Möglichkeit der

---

[43]) So Lehmann, Die Todeserklärung Verschollener nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, in den Annalen (bei Frantzen S. 22).

formellen Aufhebung der Todeserklärung. Diese muß ja nicht unbedingt erfolgen, weil der Verschollene noch lebt, sondern kann auch formell begründet sein. § 957 Abs. 2 ZPO. weist besonders auf solche Fälle hin. Sie kann z. B. auch erfolgen, weil zu Unrecht eine kurze Verschollenheitsfrist angenommen worden war, während auf die zehnjährige hätte zugekommen werden müssen, letztere aber noch nicht abgelaufen ist. Auch in diesem Falle gründet sich die Anfechtungsklage absolut nicht auf die Wahrscheinlichkeit des Lebens.

Und trotzdem ist auch hier das Ehehindernis des § 1349 begründet. Es erhellt aus alledem, daß das Gesetz dem formellen Bestand der Todeserklärung eine größere Bedeutung beilegen wollte.

Derselbe ist ja ganz unabhängig davon, ob für das Leben des Verschollenen eine größere oder geringere Wahrscheinlichkeit besteht. Diese mag noch so bedeutend sein, wenn eine Todeserklärung vorhanden ist, steht trotzdem der Wiederverheiratung seines Ehegatten nichts entgegen, und umgekehrt nützt die Wahrscheinlichkeit des Todes nichts, wenn die Todeserklärung nicht ausgesprochen ist.

Das Gesetz will, daß derjenige, der die Wiederverheiratung eines solchen zurückgebliebenen Ehegatten verhindern möchte, den formellen Bestand der Todeserklärung angreift. Kann er dies nicht, dann ist es ein Erfordernis der Billigkeit, daß dem Rupturienten die Wiederverheiratung nur dann untersagt wird, wenn vollgültige Beweise für das Leben des für tot Erklärten erbracht werden, nicht indessen, wenn sie nur angekündigt werden.

Hieraus ergibt sich nun allerdings auch die Möglichkeit folgenden Falls: Der für tot Erklärte kehrt zurück und es gelingt ihm der Beweis, daß er mit dem für tot Erklärten identisch ist, nicht ohne weiteres. Er ist daher darauf angewiesen, zu klagen, und zwar eben mit der Anfechtungsklage zum Zwecke der Aufhebung der Todeserklärung. Die Frist des § 973 ZPO. ist dann schon längst abgelaufen; die Voraussetzungen des § 957 Abs. 2 ZPO. liegen jedoch nicht vor. Er kann daher die Wiederverheiratung seines Ehegatten mit einem Dritten nicht verhindern

Dieser kann sich allerdings, wie unten darzutun sein wird,[44]) strafbar machen, sobald ihm ein dolus eventualis zur Last fällt. Seine Ehe ist aber, solange er nicht absolute Kenntnis von der Richtigkeit der Behauptungen des angeblich für tot Erklärten hatte, gültig.[45]) Dieser Fall enthält in Wirklichkeit nichts Abnormes. Man darf nicht vergessen, daß der zurückgekehrte Verschollene nicht ohne eigenes Verschulden ist, und daß er seinem Ehegatten entfremdet sein wird. Der Fall der verschuldeten Verschollenheit aber ist heutzutage so gut wie undenkbar. Auch dies wird im folgenden noch näher zu beleuchten sein.

III. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Ehe.

1. Der für tot erklärte Ehegatte lebt nicht mehr.

Die Vorschriften, die das Bürgerliche Gesetzbuch über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit einer Ehe — im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Rechtsgeschäfte — aufgestellt hat, finden auf eine Ehe, die im Falle der Todeserklärung eines Ehegatten einer früheren Ehe des Nupturienten eingegangen worden ist, nicht ohne Ausnahme Anwendung. Soweit die Nichtigkeit der Ehe in Frage kommt, macht das Gesetz allerdings nur im Falle der Doppelehe (§ 1326) eine Ausnahme; die Vorschriften über die Anfechtbarkeit der §§ 1330 ff. finden sogar ungeschmälert Anwendung. Zu ihnen tritt jedoch ein neuer Anfechtungsgrund, § 1350.

Indessen nicht jede Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung unterliegt diesen besonderen Bestimmungen, sondern es trifft dies nur den Fall, daß zur Zeit der neuen Eheschließung die alte Ehe noch nicht aufgelöst worden war, weil der für tot Erklärte zu dieser Zeit noch lebte.

Der entgegengesetzte Fall — der für tot Erklärte lebte zu dieser Zeit nicht mehr — erleidet diese Ausnahmen nicht. Dies ergibt sich nicht aus der Überschrift des 4. Titels Abschn. 1 des 4. Buchs: „Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung".

---

[44]) Hierüber unten S. 79 ff.

[45]) Hierüber Näheres S. 80 ff.

Dieselbe ist vielmehr zu weit gefaßt. Sie verspricht eigentlich auch Vorschriften über den Fall, daß der für tot Erklärte nicht mehr lebt. Der ihr folgende Titel enthält jedoch solche nicht, er übergeht diese Fälle, ohne auch nur anzudeuten, daß für sie die allgemeinen Vorschriften über die Ehe zur Anwendung kommen.

Eine solche Ehe, die auf Grund der Todeserklärung eingegangen ist, zu einer Zeit, in der der Verschollene tatsächlich gestorben war, bedarf keiner besonderen Behandlung hinsichtlich ihrer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mehr; denn sie leitet ihre Zulässigkeit nur noch formell von der Todeserklärung ab. Tatsächlich steht sie der Ehe, die auf Grund der Sterbeurkunde eingegangen wurde, gleich.

Sie berührt es deshalb nicht, wenn etwa die Todeserklärung später aufgehoben wird, vielleicht weil in dem ihr voraufgegangenen Verfahren ein Formmangel vorhanden war. Denn die neue Ehe bedarf der auf der Todeserklärung beruhenden Todesvermutung nicht mehr; ihr steht ja der Beweis des Todes zur Verfügung.

Die frühere Ehe wurde vor der neuen Eheschließung aufgelöst. Beide können nicht mehr kollidieren. Daher ist eine Modifikation des § 1326 hier nicht erforderlich. Und aus demselben Grunde erübrigt es sich, andere außer den allgemeinen Anfechtungsgründen für die Ehegatten der neuen Ehe zu statuieren.

2. Der für tot erklärte Ehegatte lebt noch.

a) Nichtigkeit der neuen Ehe.

Eine Kollision zweier Ehen liegt dann vor, wenn der für tot erklärte Ehegatte der früheren Ehe zur Zeit der neuen Eheschließung noch lebte. Ob er auch „zurückkehrte", wie sich frühere Gesetzgebungen ausdrückten, ist dabei durchaus gleichgültig; denn maßgebend ist der Fortbestand der früheren Ehe, der allein vom Fortleben, nicht aber von der Rückkehr abhängig ist.

Der zurückgebliebene Ehegatte ist nun zum conjux binubus geworden. Er gehört zwei gültigen Ehen an.

Nach § 1326 BGB. ist die zweite Ehe ohne weiteres nichtig; denn sie ist eingegangen worden, bevor die frühere Ehe aufgelöst war.

So liegt der Fall auch dann, wenn die neue Ehe auf Grund einer falschen Sterbeurkunde eingegangen wurde. Die Sterbeurkunde selbst vermag die frühere Ehe nicht aufzulösen; sie beweist vielmehr nur deren Auflösung durch den Tod eines der Ehegatten. Ist nun dieser Tod gar nicht eingetreten, so fällt der durch die Sterbeurkunde geführte Beweis in sich zusammen. Die alte Ehe besteht fort, die neue ist infolge Bigamie nichtig.

Es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß die gleiche Behandlung der falschen Todeserklärung und der falschen Sterbeurkunde eine Forderung der Kirche ist. Die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechen dieser Forderung.

Durch die Sondervorschrift des § 1348 Abs. 1 schafft jedoch das Bürgerliche Gesetzbuch hier eine Ausnahme. Es bestimmt, daß die neue Ehe nicht deshalb nichtig ist, weil der für tot erklärte frühere Ehegatte noch lebt.

Damit setzt das Bürgerliche Gesetzbuch den § 1326 hinsichtlich der neuen Ehe außer Kraft. Die zweite Ehe ist gültig, obwohl sie eingegangen wurde, bevor die frühere aufgelöst worden war.[46])

Diese Bestimmung enthält einen schroffen Gegensatz zum kanonischen Recht. Das Bürgerliche Gesetzbuch schließt sich dabei eng an einige landesgesetzliche Regelungen, wie an das allgem. Landrecht, das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch, an und verwirft mit ihnen die Durchführung des kirchlichen Ideals von der Unlöslichkeit der Ehe, von ihrer Sakramentsnatur.

Mit gutem Grunde hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch auf diesen Standpunkt gestellt.[47]) Wenn heute es schon nicht leicht denkbar ist, daß überhaupt sich ein praktischer Fall der Wiederverheiratung auf Grund einer falschen Todeserklärung ereignet, so ist es fast unmöglich, daß sich ein solcher Fall zuträgt, ohne daß den verschollenen Ehegatten ein schweres Verschulden hieran trifft. Denn unsere Verkehrsverhältnisse sind heute von einer derartigen Vollkommenheit und Sicherheit, daß es einem jeden, der wider seinen Willen von seiner Heimat ferngehalten wird, möglich

---

[46]) Diese ausdrückliche Beseitigung des § 1326 für vorliegenden Fall sprachen die beiden ersten Entwürfe nicht aus, gelangten jedoch zum gleichen Ergebnis.

[47]) vgl. Mot. Bd. 4 S. 18, 641 ff.; Prot. Bd. 4 S. 454.

sein wird, in den langen Fristen, die der Todeserklärung nach dem Gesetze vorausgegangen sein müssen, Nachrichten nach Hause gelangen zu lassen.

Um so eher ist es denkbar, daß es einem Verschollenen am guten Willen hierzu fehlt, mag er nun als Verbrecher sich einer drohenden Strafe entziehen und sich der Erträgnisse seines Verbrechens in der Ferne erfreuen wollen oder sich lediglich Vagabundierens halber in der Welt herumtreiben. Beide, der Verbrecher wie der Vagabund, haben es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihnen in der Heimat Rechtsverluste entstehen.

Für den wiederverheirateten Ehegatten würde es eine unbillige Zumutung sein — und die Kirche besteht auf ihr —, wenn er mit diesem Vagabunden oder Verbrecher eine ihres Inhalts längst beraubte Ehe fortsetzen und ihr zu Liebe eine bestehende, inhaltsvolle Ehe aufgeben müßte. Und dies, nachdem ihm das Gesetz zuvor ausdrücklich gestattet, die neue Ehe einzugehen.

Desgleichen würde dies eine Unbilligkeit gegenüber dem neuen Ehegatten der zweiten Ehe und den aus dieser Ehe hervorgegangenen Kindern sein.

Im Falle der unrichtigen Sterbeurkunde[48]) kann dem für tot geglaubten Ehegatten nicht ohne weiteres ein solches grobes Verschulden wie dem für tot Erklärten im Falle der unrichtigen Todeserklärung beigemessen werden. Während im letzteren Falle, wie oben geschildert, ein Interesse an der Erhaltung der ersten Ehe nicht vorhanden ist, ist im ersteren ein solches anzuerkennen. Denn hier ist die zweite Ehe auf Grund einer Fälschung zustande gekommen. Eine solche Ehe kann nicht geschützt werden, wohl aber ist der Schutz einer Ehe, die durch diese Fälschung zu Schaden gekommen ist, ein Erfordernis der Billigkeit.

Die Ausschaltung des § 1326 durch § 1348 Abs. 1 rechtfertigt sich demnach durch das Interesse, das der Staat an der Erhaltung der zweiten, unter seiner Billigung abgeschlossenen Ehe hat.

Die frühere Ehe muß gültig gewesen sein. War sie nämlich nichtig oder anfechtbar und durch rechtskräftiges Urteil vernichtet worden, so findet § 1326 keine Anwendung; er braucht infolge-

---

[48]) Mot. Bd. 4 S. 641 ff.

dessen auch nicht ausgeschaltet zu werden, auch wenn der für tot Erklärte noch lebt.

Diese Einschränkung des Nichtigkeitsgrundes nach § 1326 erleidet aber eine Ausnahme durch § 1348 Abs. 1 Halbsatz 2. Wenn nämlich beide Ehegatten der neuen Ehe bei der Eheschließung wissen, daß der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat, so bleibt § 1326 uneingeschränkt in Geltung. Eine solche neue Ehe ist daher wegen Doppelehe nichtig.

Für die Ausschaltung des § 1326 ist demnach Voraussetzung, daß mindestens einer der beiden neuen Ehegatten vom Fortleben des für tot Erklärten im Zeitpunkte der Todeserklärung keine Kenntnis hat. Der gute Glaube schon eines Ehegatten schützt die neue Ehe vor der Nichtigkeit. Dieses Privileg des guten Glaubens nur bei einem der Ehegatten findet sich schon im lübischen Recht.[49])

Der 1. Entw. des Bürgerlichen Gesetzbuches[50]) ging hierin nicht so weit. Er schützte die Ehe dann nicht, wenn ein conjux binubus den guten Glauben nicht besaß. Es nützte daher dem anderen Ehegatten sein guter Glaube nichts. Anders jedoch schon der 2. Entw.,[51]) der in Anlehnung an das hannoversche Recht[52]) der neuen Ehe den Schutz nur dann versagte, wenn beiden Ehegatten der gute Glaube fehlte.[53])

Auch verlangte der 1. Entw. im Gegensatz zum zweiten und zum Bürgerlichen Gesetzbuch selbst, daß der gute Glaube sich auf das Nichtmehramlebensein des Verschollenen zur Zeit der neuen Eheschließung bezöge. Er ging also hierin nicht so weit wie der 2. Entw. und das Gesetz. Denn nach diesem nützt es den neuen Ehegatten nichts, wenn sie annehmen können, daß der für tot Erklärte zur Zeit der Wiederverheiratung nicht mehr am Leben ist, sofern sie wissen, daß er zur Zeit der vielleicht schon sehr lange zurückliegenden Todeserklärung noch lebte.

---

[49]) Lüb. Verordn. v. 30. 12. 1829 § 16.

[50]) § 1464 Abs. 2.

[51]) § 1482 Abs. 2.

[52]) Gesetz v. 23. 5. 1848 § 16.

[53]) Prot. Bd. 4 S. 456: Die Todeserklärung habe in einem solchen Falle keine Bedeutung mehr.

Maßgebend für die Kenntnis ist der Tag der Verkündung des Ausschlußurteils im Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Todeserklärung; nicht ist es etwa von Belang, daß die Ehegatten beide wissen, daß der für tot Erklärte den im Urteil festgesetzten präsumtiven Todestag überlebt hat, wenn sie nur zu der Annahme berechtigt sind, daß er zwar nach jenem Zeitpunkte, aber doch vor dem Tage der Verkündung des Urteils gestorben sei.

Die Kenntnis muß, wenn auf sie die Nichtigkeit der neuen Ehe gestützt werden soll, im Zeitpunkte der neuen Eheschließung vorhanden sein. Ohne Einfluß ist eine Kenntnis, die sie nach derselben erlangt haben.

Kennenmüssen schadet nichts. Es wird ein positives Wissen gefordert, also eine zuverlässige Kunde vom Fortleben des Verschollenen. Selbst wenn die Ehegatten eine Nachricht vom Verschollenen selbst oder eine Nachricht über ihn erhalten haben, aus der sie schließen, daß er nicht mehr lange leben kann — dieser Schluß kann Fahrlässigkeit involvieren —, so würde dies der Gültigkeit der Ehe nach § 1348 Abs. 1 nicht im Wege stehen.

Ohne Einfluß ist es, wenn der für tot erklärte Ehegatte nach der Wiederverheiratung, aber vor der Geltendmachung der Nichtigkeit — im Falle des bösen Glaubens beider Ehegatten — stirbt. Nach gemeinem evangelischen Kirchenrecht[54]) trat in einem solchen Falle Konvaleszenz der neuen Ehe ein. Nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches ist die Heilung der Nichtigkeit einer Ehe für die Regel ausgeschlossen. Grundsätzlich bedarf es nach § 1309 Satz 2 der wiederholten Eheschließung. Das bedeutet jedoch keine Heilung — mit rückwirkender Kraft auf die Zeit von der Eingehung der ersten, nichtigen Ehe an —, sondern eine neue Eheschließung.[55])

§§ 1348 Abs. 1, 1326 finden keine Anwendung, wenn der für tot erklärte Ehegatte vor der Wiederverheiratung gestorben ist, die beiden Ehegatten jedoch hiervon keine Kenntnis erlangt haben. Der böse Glaube, wie ihn § 1348 Abs. 1 fordert, liegt zwar vor; die frühere Ehe ist jedoch vor der neuen Eheschließung aufgelöst;

---

[54]) vgl. oben S. 2.

[55]) Mot. Bd. 4 S. 640 ff.; Prot. S. 58.

es ist also die erste Voraussetzung für die Anwendung des § 1326 weggefallen. Die neuen Ehegatten gehen daher eine gültige Ehe ein, obwohl sie beabsichtigen, eine nichtige zu schließen.[56])

Die Geltendmachung der Nichtigkeit erfolgt nach den für die Ehe im allgemeinen geltenden Vorschriften (ZPO. §§ 631 ff.). Danach ist außer den beiden neuen Ehegatten der Staatsanwalt und auch der für tot Erklärte zur Erhebung einer Nichtigkeitsklage berechtigt, ebenso jeder, der von der Nichtigkeit der Ehe ein Recht, von ihrer Gültigkeit eine Verpflichtung ableiten kann. Auf andere Weise als durch Klage kann die Nichtigkeit nicht geltend gemacht werden.

Den Nichtigkeitskläger trifft die Beweislast sowohl dafür, daß der für tot Erklärte zur Zeit der Wiederverheiratung noch lebte, als auch dafür, daß die beiden neuen Ehegatten davon Kenntnis hatten, daß er die Todeserklärung überlebt hat, und zwar muß er den Beweis erbringen, daß die Ehegatten diese Kenntnis zur Zeit der Eheschließung hatten.

§ 1348 Abs. 1 setzt nur voraus, daß der für tot Erklärte zur Zeit der Wiederverheiratung noch lebt. Gleichgültig ist, ob auf Grund dieses Fortlebens die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage (§ 973 ZPO.) aufgehoben wird, oder ob dies, sei es nun infolge Ablaufs der Ausschlußfrist von einem Monat oder grundlos, unterbleibt.

Eine Todeserklärung kann jedoch, wie wir schon oben S. 25 gesehen haben, auch aus anderen Gründen angefochten und aufgehoben werden. So z. B. nach § 957 Abs. 2, insbesondere in den unter Nr. 2, 3, 4 u. 6 angeführten Fällen. Außerdem kann die Aufhebung nach § 973 ZPO. erfolgen, weil die Todeserklärung zu Unrecht — abgesehen von der Aufhebung deshalb, weil der für tot Erklärte noch lebt — erfolgt ist. So z. B. wenn die gesetzliche Verschollenheitsfrist nicht eingehalten ist.

Eine solche Aufhebung der Todeserklärung wirkt ex tunc. Die Sachlage ist so zu behandeln, als ob nie eine Todeserklärung stattgefunden hätte. Der verschollene Ehegatte ist demnach niemals

---

[56]) Übereinstimmend Planck S. 74; Endemann S. 669; Staudinger S. 67; Kuhlenbeck zu § 1348 (früher a. M.).

für tot erklärt worden. Eine inzwischen erfolgte Wiederverheiratung seines Ehegatten ist demnach unzulässig gewesen. Auf sie kann § 1348 Abs. 1 keine Anwendung finden. Denn es handelt sich hier nicht um eine Wiederverheiratung im Falle einer Todeserklärung. Die neue Ehe ist daher, gleichgültig ob einer der Ehegatten im guten Glauben vom Tode des Verschollenen war, nach § 1326 nichtig.

Dies scheint Gaupp-Stein[57]) zu übersehen, wenn er sagt, daß die Anfechtung nach § 973 ZPO. den Bestand der neuen Ehe schlechthin nicht berühre. Dies ist vielmehr nach § 1348 Abs. 1 nur dann der Fall, wenn die Anfechtung aus dem Grunde erfolgt, weil der für tot Erklärte noch lebt.

b) Anfechtbarkeit nach § 1350.

Zu den Anfechtungsgründen der §§ 1330 ff. fügt das Gesetz in § 1350 einen neuen hinzu: Jeder der neuen Ehegatten kann, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, die neue Ehe anfechten.

Dieses Anfechtungsrecht schließt die Anfechtung der Ehe wegen eines error personae nach § 1333 nicht aus. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß sich ein Ehegatte bei der Eheschließung über dessen Eigenschaft als Ehegatte einer früheren Ehe geirrt hat, und daß ihn diese Kenntnis von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würde. Daß die ohne diese Kenntnis eingegangene neue Ehe nach § 1348 Abs. 1 nicht nichtig ist, sondern zu Recht besteht, steht dem nicht entgegen. Ebenso kann der Fall des § 1334 vorliegen, daß der eine Ehegatte durch arglistige Täuschung über seine Eigenschaft als Ehegatte der früheren Ehe den anderen zur Eingehung der Ehe bestimmt hat.

Das Anfechtungsrecht nach § 1350 ist abstrakt; es ist nicht ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums oder wegen arglistiger Täuschung. Lediglich die Tatsache, daß der für tot Erklärte noch lebt, genügt zu ihrer Begründung.

Dem 1. Entw.[58]) war ein solches Anfechtungsrecht fremd. Nach ihm wurde die neue Ehe für rechtsgültig erklärt, und kein

[57]) Gaupp-Stein zu § 973.

[58]) Mot. Bd. 4 S. 644.

Mensch sollte an ihrem Bestehen, abgesehen von den allgemeinen Anfechtungsgründen, rütteln dürfen.

Den Gedanken, der neuen Ehe gegenüber ein Anfechtungs- oder ähnliches Recht zu geben, finden wir sowohl im französischen als auch im sächsischen Landesrecht. Im ersteren konnte der für tot Erklärte die Trennung der Ehe verlangen; die beiden neuen Ehegatten waren ihm gegenüber machtlos. Im sächsischen BGB. § 1710 war dem conjux binubus, und auch nur diesem, das Recht gegeben, die Scheidung der neuen Ehe zu verlangen.

Diesen Gesetzgebungen gegenüber hätte die Regelung des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine Neuerung bedeutet, wäre es beim 1. Entw. geblieben. Es findet sich jedoch schon im zweiten [59]) und den folgenden Entwürfen ebenso wie im Gesetze selbst das Anfechtungsrecht beider Ehegatten der neuen Ehe.

Der ausgesprochene Zweck dieses Anfechtungsrechts ist derselbe wie der des sächsischen Scheidungsrechts. Es ist an die Möglichkeit gedacht, daß in dem conjux binubus sittliche oder religiöse Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit seiner neuen Ehe aufsteigen. Es können so Konflikte entstehen, die nur mit der Beseitigung einer der beiden Ehen wegfallen können.

Wie oben schon erwähnt wurde, verlangt die Kirche von ihren Anhängern, daß sie sich zu der ersten Ehe bekennen, das Gesetz aber spricht sich — sowohl im sächs. Bürgerlichen Gesetzbuch wie auch im geltenden Rechte — dafür aus, daß die zweite Ehe gültig ist.

Das Gesetz ist es also, welches diesen Konflikt erzeugt; speziell § 1348 Abs. 1 ist die Veranlassung dazu.

Das Anfechtungsrecht soll hier einen Ausgleich schaffen. Dem Standpunkte der Kirche gegenüber soll es ein Entgegenkommen bedeuten. Derjenige, der sich auf diesen Standpunkt stellt, hat die Möglichkeit, die neue Ehe zu beseitigen und sich der ersten zuzukehren.

Mit Recht hat das Bürgerliche Gesetzbuch im Gegensatz zum sächsischen Rechte die Möglichkeit der vorgedachten Konflikte ebenso bei dem neuen Ehegatten der neuen Ehe gesucht wie bei dem

---

[59]) Prot. Bd. 4 S. 455 ff.; 2. Entw. § 1483.

conjux binubus. Auch er vergeht sich gegen das kirchliche Verbot der Doppelehe, wenn er seine Ehe fortsetzt.

Desgleichen ist das Bürgerliche Gesetzbuch den richtigen Weg gegangen, indem es nicht ein Scheidungsrecht, sondern ein Anfechtungsrecht gab. Eine Aufhebung der Ehe ex nunc ist hier nicht zweckmäßig. Der Verstoß gegen das kirchliche Gebot muß gänzlich aus der Welt geschafft werden. Die verbotene Ehe darf keine Rechtsfolgen mehr ausüben können. Dieser Erfolg kann nur durch eine Aufhebung der Ehe ex tunc hergestellt werden.

Dem für tot Erklärten ist irgend ein Recht, auf den Bestand der neuen Ehe einzuwirken, nicht gegeben. Gegenüber den Gebieten französischen Rechts bedeutet dies eine grundsätzliche Neuerung. Verständlich ist diese Maßregel nur, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Fall der unverschuldeten Verschollenheit heute nicht mehr vorkommt. Denn sonst würde das Gesetz ungerecht sein.

Es ist dies ein erneuter Beweis dafür, daß das Gesetz mit der unverschuldeten Verschollenheit gar nicht rechnet.

Voraussetzung des Anfechtungsrechts ist, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt. Es genügt nicht, daß er zur Zeit der Wiederverheiratung noch am Leben war, maßgebend ist vielmehr der Zeitpunkt der Erhebung der Anfechtungsklage. Kein Anfechtungsrecht demnach, wenn er in der Zeit zwischen der Eheschließung und der Anfechtung gestorben ist. Das Gesetz ist hier von der Ansicht ausgegangen, daß der eigentliche Gegenstand der Konflikte, die zu der Anfechtung führen, die Persönlichkeit des früheren Ehegatten ist. Solange er verschollen war, bestanden jene Konflikte nicht, obwohl es nie als sicher angenommen werden konnte, daß er tatsächlich gestorben war. Mit seinem Tode müssen daher die Konflikte wieder verschwinden.

Diese Bestimmung enthält eine Reminiszenz an das gemeine protestantische Kirchenrecht, welches in einem solchen Falle die Heilung der nichtigen Ehe eintreten ließ. An Stelle der Heilung der Nichtigkeit tritt der Wegfall der Anfechtbarkeit.

Der Tod des früheren, verschollen gewesenen Ehegatten ist jedoch ohne Einfluß auf das Anfechtungsrecht, wenn die Klage schon erhoben war.

Den Anfechtungskläger trifft die Beweislast für das Leben des für tot Erklärten.

Anfechtungsberechtigt sind, wie schon erwähnt, beide Ehegatten der neuen Ehe. Dieses Recht ist jedoch bedingt durch den guten Glauben vom Tode des für tot Erklärten zur Zeit der Eingehung der Ehe.

§ 1350 räumt jedem Ehegatten das Anfechtungsrecht ein, es sei denn, daß er bei der Eheschließung vom Leben des für tot Erklärten Kenntnis hatte.

Die Beweislast für diese Kenntnis trifft den Anfechtungsbeklagten.

Die Kenntnis vom Überleben der Todeserklärung, die in § 1348 Abs. 1 die ausschlaggebende Rolle spielte, ist hier ohne Einfluß. Es genügt zur Zuständigkeit des Anfechtungsrechts, wenn der anfechtende Ehegatte zu der Annahme berechtigt ist, daß der für tot Erklärte nach der Todeserklärung, aber vor der Eheschließung gestorben ist.

Die Kenntnis darf zur Zeit der Eheschließung nicht vorhanden sein. Tritt sie später ein, so ist sie auf das Anfechtungsrecht ohne Einfluß.

Fahrlässiges Nichtkennen, Kennenmüssen schadet auch hier nicht; es wird vielmehr positive Kenntnis gefordert.

Es ist gleichgültig, ob der Anfechtungsgegner, der andere Ehegatte, hinsichtlich des Fortlebens des für tot Erklärten im guten Glauben war oder nicht. Der gute Glaube, der, auch nur bei einem Ehegatten vorhanden, die Ehe in § 1348 Abs. 1 vor der Nichtigkeit schützte, schützt nicht vor der Anfechtbarkeit.

Da beide Ehegatten im guten Glauben gewesen sein können, so ist es möglich, daß beide gleichzeitig die Ehe nach § 1350 anfechten.

Wegfall des Anfechtungsrechts.

1. Durch Zeitablauf.

In § 1339 Abs. 1 wird für alle gewöhnlichen Fälle der Anfechtung der Ehe eine einheitliche Frist von sechs Monaten festgesetzt. Da § 1330 das Anfechtungsrecht des § 1350 den übrigen

Anfechtungsrechten gleichstellt, so würde diese sechsmonatige Frist auch für § 1350 Geltung haben. Dieser bestimmt dies jedoch ausdrücklich selbst, eine ungerechtfertigte Wiederholung.

Wichtig aber ist die Regelung des Beginns dieser Frist. Hier gibt § 1339 Abs. 2 keine einheitliche Vorschrift, sondern bestimmt den Beginn für jedes Anfechtungsrecht besonders. Notwendigerweise trifft auch § 1350 hierüber eine besondere Bestimmung.

Maßgebend ist für den Beginn der Frist der Zeitpunkt, in dem der anfechtende[60]) Ehegatte erfährt, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt.

„Erfahren" ist dem „Kenntniserhalten" gleich. Es ist also auch hier erforderlich, daß eine positive Kenntnis vorhanden ist. Kennenmüssen, die fahrlässige Unterlassung einer Kenntnisnahme, ist unbeachtlich. Die Frist beginnt, wenn der Ehegatte zuerst eine sichere Kunde erhält, daß der für tot Erklärte noch lebt. Dies hat jedoch nur für sein Anfechtungsrecht Bedeutung. Die Frist für das Anfechtungsrecht des anderen Ehegatten läuft selbständig, nur beeinflußt von dessen Kenntnisnahme.

Die Frist ist zu berechnen nach §§ 187, 188 BGB.

Ist sie abgelaufen, so ist die Ausübung des Anfechtungsrechts ausgeschlossen. Jedoch finden gemäß § 1339 Abs. 3 die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 entsprechende Anwendung. Danach wird der Lauf der Frist sowohl im Falle des Stillstands der Rechtspflege oder höherer Gewalt als auch dann gehemmt, wenn ein Ehegatte geschäftsunfähig und ohne gesetzlichen Vertreter ist, als für ihn die Frist ablief. Beschränkte Geschäftsfähigkeit steht in § 206 der Geschäftsunfähigkeit gleich, jedoch gilt hier die Vorschrift des § 1336, wonach der beschränkt geschäftsfähige Ehegatte das Anfechtungsrecht selbst ausüben muß. § 206 ist daher für ihn gegenstandslos.

Doch auch die Vorschrift des § 1340 ist anzuwenden.

Selbst wenn der geschäftsunfähige Ehegatte einen gesetzlichen Vertreter hat, dieser unterläßt jedoch die rechtzeitige Anfechtung, so kann nach Wegfall seiner Geschäftsunfähigkeit der Ehegatte das

---

[60]) Nach Opet zu § 1350 müßte es hier richtiger heißen: der Anfechtungsberechtigte.

Anfechtungsrecht noch ausüben, wie wenn er ohne gesetzlichen Vertreter gewesen wäre, also gemäß § 206. Diese Vorschrift bezweckt, daß der geschäftsunfähige Ehegatte, der einen gesetzlichen Vertreter hat, welcher unzuverlässig ist, nicht schlechter gestellt ist als derjenige, der gar keinen hat.

Den Wegfall des Anfechtungsrechts infolge Zeitablaufs hat der Anfechtungsbeklagte zu beweisen, die Hemmung jedoch der Anfechtungskläger.

2. Durch Bestätigung.

Jedes anfechtbare Rechtsgeschäft kann nach § 144 bestätigt werden. Dasselbe gilt für die besonders geartete Anfechtbarkeit der Ehe nach § 1337. Auch § 1350 behandelt die Bestätigung der Ehe.

Eine anfechtbare Ehe bestätigen, heißt auf das Anfechtungsrecht verzichten. Auch ein ausdrücklich ausgesprochener Verzicht muß als Bestätigung der Ehe angesehen werden. Es ist aber auch eine Bestätigung durch konkludente Handlungen denkbar.

Voraussetzung der Bestätigung ist stets, daß die Anfechtbarkeit der Ehe zur Kenntnis des Bestätigenden gelangt ist. Er muß also erfahren haben, daß der für tot Erklärte noch lebt.

Eine Form ist für die Bestätigung nicht vorgeschrieben, insbesondere ist nicht etwa die für die Eheschließung selbst erforderliche Form notwendig. Der Bestätigende braucht nur — ausdrücklich oder stillschweigend — zu erkennen zu geben, daß er die Ehe trotz der Anfechtbarkeit fortsetzen will. Er setzt damit bei der Bestätigungshandlung bewußtermaßen die Gültigkeit der Ehe voraus.

Die Rücknahme einer schon erhobenen Anfechtungsklage an sich bedeutet (wenn die sechsmonatige Frist noch nicht abgelaufen ist) noch keine Bestätigung. Sie kann allerdings je nach den Umständen, unter denen sie erfolgt, eine solche enthalten.[61])

Die Bestätigung ist ein einseitiges nicht empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Sie kann auch unter einer Bedingung oder Zeit-

---

[61]) Der Anfechtungsbeklagte muß beweisen, daß die Rücknahme der früheren Anfechtungsklage die Bestätigung in sich geschlossen habe.

bestimmung erfolgen. Dies ergibt sich aus dem Fehlen einer ausdrücklich das Gegenteil bestimmenden Vorschrift.

Widerrufen kann sie nicht werden.

Durch den Eintritt der Rechtskraft des im Anfechtungsprozesse ergehenden Nichtigkeitsurteils ist die Möglichkeit der Bestätigung zeitlich beschränkt. Gleichgültig ist, ob dieses Urteil auf die vom bestätigungsbereiten Ehegatten erhobene Anfechtungsklage oder auf die vom anderen Ehegatten angestrengte erfolgt.

§ 1337 Abs. 3 greift auch hier ein. Die Bestätigung kann nicht durch einen Vertreter erfolgen; wenn der Ehegatte in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, so ist der gesetzliche Vertreter weder zur Anfechtung berechtigt, noch bedarf er zur Anfechtung seiner Zustimmung.

3. Durch den Tod eines Ehegatten.

Der Tod eines Ehegatten einer anfechtbaren Ehe bewirkt nach § 1338 im allgemeinen den Wegfall des Anfechtungsrechts, ausgenommen den Fall, daß der nicht anfechtungsberechtigte Ehegatte stirbt.

§ 1350 weicht von dieser allgemeinen Regel insofern ab, als er das Anfechtungsrecht in jedem Falle wegfallen läßt, ohne Rücksicht darauf, ob der anfechtungsberechtigte oder der nichtanfechtungsberechtigte Ehegatte gestorben ist. Denn beider Tod beseitigt die Gewissensbedenken, gegen die das Anfechtungsrecht des § 1350 gerichtet ist, in gleicher Weise. Diese Gewissensbedenken fußen nicht auf dem rechtlichen Bestand der Ehe; dieser ist für den Ehegatten ein leerer theoretischer Begriff; sondern darauf, daß der andere Ehegatte der neuen Ehe neben dem für tot Erklärten in Person vorhanden ist. Wie oben bemerkt, setzt das Anfechtungsrecht die Existenz des letzteren voraus. In Konsequenz dieser Bestimmung läßt das Gesetz den Wegfall des Anfechtungsrechts beim Tode eines der beiden Ehegatten der neuen Ehe eintreten.

Hieraus ergibt sich auch, daß diese Wirkung an die Scheidung der neuen Ehe nicht geknüpft werden kann. Denn durch sie wird nur das Band der Ehe — und dazu noch ex nunc — aufgelöst. Die Person des anderen Ehegatten ist noch vorhanden, und mit ihr auch die Bedenken gegen die Ehe überhaupt. Es ist notwendig,

daß dieselbe nun noch durch eine Anfechtung ex tunc beseitigt werden kann, wenn anders die Gewissensbedenken überhaupt aus der Welt geschafft werden sollen.

Der Wortlaut des Gesetzes sagt dies übrigens klar und deutlich.[62])

Ausübung des Anfechtungsrechts.

Das Anfechtungsrecht des § 1350 wird den übrigen Eheanfechtungsrechten in § 1330 gleichgestellt. Die für diese geltenden Vorschriften über ihre Ausübung haben deshalb Anwendung zu finden, soweit nicht § 1350 eine Ausnahme getroffen hat.

Die Anfechtung kann daher nach § 1336 nicht durch einen Vertreter geschehen. Der in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Ehegatte bedarf nicht der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Für den Geschäftsunfähigen wird das Anfechtungsrecht durch den gesetzlichen Vertreter, aber nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ausgeübt.

Die Anfechtung erfolgt gemäß § 1341 durch die Erhebung der Anfechtungsklage. Die Vorschriften der ZPO. §§ 606 ff. finden Anwendung.

Nach § 1341 Abs. 2 gilt die Anfechtung als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen wird. Derselbe Erfolg tritt bei einer Bestätigung der Ehe während des Anfechtungsprozesses ein.

Oben wurde schon erwähnt, daß die Klagrücknahme eine Bestätigung enthalten kann. § 1341 Abs. 2 setzt nicht etwa die Klagrücknahme der Bestätigung gleich. Es soll vielmehr nur damit gesagt sein, daß durch den Prozeß die Frist von sechs Monaten zur Erhebung der eventuellen neuen Anfechtungsklage nicht unterbrochen wird. Es ist nicht etwa die Vorschrift des § 217 analog anzuwenden.

§ 1342 ist für die Anfechtung des § 1350 gegenstandslos, da der Tod eines Ehegatten das Anfechtungsrecht in jedem Falle beseitigt.

---

[62]) Trotzdem entgegengesetzter Ansicht Meisner S. 54; A. Schmidt S. 140; vgl. aber Staudinger zu § 1350; Opet zu § 1350.

c) Kritisches zu § 1350.

Das Anfechtungsrecht des § 1350 ist im Wege eines Kompromisses entstanden. Das Gesetz hat, indem es dem allgem. Landrecht und den meisten anderen Partikularrechten folgte, in § 1348 Abs. 1 der neuen Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten vor der mit dem für tot Erklärten den Vorzug gegeben. Damit stellte es sich in einen entschiedenen Gegensatz zur Kirche, insbesondere zur katholischen Kirche, die ihrerseits von ihrem Prinzip der Unlösbarkeit der Ehe nicht abging.

Um nun diesen Gegensatz auszugleichen, ohne den in Erkenntnis seiner Richtigkeit gewählten Standpunkt aufgeben zu müssen, kam das Anfechtungsrecht des § 1350 zustande. Das Gesetz wollte der Kirche entgegenkommen in der Erwägung, daß viele der dem Gesetz Unterworfenen sich zu der Lehre der Kirche bekennen und ihr Gefolgschaft leisten, wenn sie die alte Ehe, auch im Falle einer Todeserklärung, für untrennbar, die neue demnach für nichtig erklärt. Solche Leute müssen, wenn sie unter dem Schutze des Gesetzes und in der Annahme, daß der Verschollene nicht mehr lebt, eine neue Ehe eingegangen sind und nun gewahr werden, daß jener nicht tot ist, die obenerwähnten Gewissensbedenken religiöser oder sittlicher Art bekommen. Für sie also ist das Anfechtungsrecht des § 1350 geschaffen.[63])

Unter der „Kirche" ist, wie schon bemerkt wurde, im vorstehenden an erster Stelle die katholische Kirche zu verstehen, die die Ehe als ein Sakrament behandelt und deshalb ihre Untrennbarkeit verficht. Die Einfügung des § 1350 bedeutet ein Stück konfessionellen Eherechts, welches dadurch schlecht bemäntelt wird, daß das Anfechtungsrecht jedem ohne Rücksicht auf die Konfession gegeben wird. Für andere als Katholiken aber wird dieses Anfechtungsrecht nur von geringem Werte, wenn nicht wertlos sein.[63a])

Jedoch auch dem Katholiken ist das Anfechtungsrecht nicht von großem Nutzen. Die katholische Kirche hat sich mit dem durch

---

[63]) vgl. Prot Bd. 4 S. 452 ff.

[63a]) Dernburg, Festschrift: Dann hätte man überhaupt ein konfessionelles Eherecht schaffen sollen.

§ 1350 in die Wege geleiteten Kompromiß nicht im geringsten zufrieden erklärt.[64]) Der ganze Titel erscheint ihr trotz § 1350 unannehmbar.

Der Katholik, der einmal der Kirche so weit ungehorsam geworden ist, daß er, nachdem sein Ehegatte für tot erklärt worden ist, eine neue Ehe einging, wird weit davon entfernt sein, seine neue Ehe anzufechten, wenn er vom Leben des für tot Erklärten erfährt, es müßte denn bei ihm eine Sinnesänderung eintreten; darauf darf aber das Gesetz keine Rücksicht nehmen. Es genügt, wenn es die Folgen der Wiederverheiratung normierte. Der Nupturient wußte genau, daß die Möglichkeit des Fortlebens seines früheren Ehegatten bestand. Er hat sich trotzdem zur neuen Ehe entschlossen.

Es ist schon wiederholt darauf hingewiesen worden, daß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches nur im Falle eines Verschuldens des Verschollenen wirklich praktisch werden können. Man muß deshalb billigerweise auch nach der Natur der „sittlichen und religiösen Bedenken" fragen, die den Ehegatten dazu veranlassen, die neubegründete Ehe, Gatten und Kinder derselben, zu verlassen, um dem zurückgekehrten Vagabunden oder Verbrecher die Möglichkeit, seine Ehe zu erneuern, zu geben.

Dies weist auf einen anderen schwer von der Hand zu weisenden Mangel des § 1350 hin. Jener Ehegatte, der — anscheinend dem für tot Erklärten zuliebe — das Anfechtungsrecht ausübt, kann sehr wohl andere Gründe haben, die neue Ehe aufzulösen. Das Anfechtungsrecht des § 1350 ist nun durchaus abstrakt. Der Grund, der nach der Absicht des Gesetzgebers in den Gewissensbedenken der oben geschilderten Art bestehen soll, braucht weder behauptet noch bewiesen zu werden. Es ist daher ganz unkontrollierbar, ob der Anfechtende im Sinne des Gesetzgebers ansicht oder nicht. M. E. ist jedoch die Vermutung nicht ungerechtfertigt, daß im Zweifel nicht die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht werden wird. Nicht nur, daß dem Ehegatten, der überhaupt keinen Grund zur Auflösung des Ehebandes vor sich sah, jetzt plötzlich ein Anfechtungsgrund entsteht, wie er in seiner

---

[64]) vgl. Lehmkuhl S. 352; Scherer S. 354ff.

Durchführung gar nicht bequemer gedacht werden kann; auch die Anfechtung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung wird durch § 1350 außerordentlich erleichtert; die ersteren beiden werden durch die letztere verdrängt werden. Auch dies entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes, denn es ist in der 2. Lesung ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß die kirchlichen Interessen das Anfechtungsrecht forderten.[64a])

Wie wenig das Anfechtungsrecht des § 1350 seinen Zweck erreichen wird, sei an folgendem, leicht möglichen Fall gezeigt:

Die neue Ehe ist geschieden und die Ehefrau für schuldig erklärt. Sie hat daher keinen Unterhaltsanspruch gegen ihren Ehemann, muß diesem vielmehr nach § 1578 Abs. 2 Unterhalt gewähren. Nun war sie oder ihr geschiedener Ehemann früher mit einem jetzt für tot Erklärten verheiratet. Es stellt sich heraus, daß er noch lebt. Die übrigen Erfordernisse des § 1350 sind erfüllt. Der geschiedene Ehegatte wußte, daß der für tot Erklärte noch lebte. Nun kann die für schuldig erklärte Ehefrau die neue — geschiedene — Ehe noch anfechten, so das ihr ungünstige Scheidungsurteil beseitigen und sich einen Unterhaltsanspruch gegen ihren Ehemann sichern.

Das Anfechtungsrecht des § 1350 kann denen nicht helfen, denen es nützen soll; andrerseits kann es in einem nicht beabsichtigten Sinne ausgenutzt werden. Es muß daher als verfehlt erachtet werden.

Zudem steht es ja auch dem gutgläubigen Ehegatten gegenüber zu. Dieser hat zwar dann einen Unterhaltsanspruch. Jedoch kann ein solcher nicht als Ersatz für die zerstörte Ehe gelten.

Jener gutgläubige Ehegatte hatte sich bei der Eheschließung auf die vom Gesetz betonte Wirkung der Todeserklärung verlassen. Jetzt erklärt dasselbe Gesetz diese Wirkung für null und nichtig. Man kann dem nur beistimmen, was Endemann[65]) sagt: § 1350 bedeute eine Abschwächung der erst bewirkten Verstärkung der

---

[64a]) Prot. Bd. 4 S. 452 ff.; Opet zu § 1350; Schmidt S. 139 beurteilen das Anfechtungsrecht des § 1350 auch als ein solches wegen Irrtums und Täuschung. Richtig jedoch Endemann § 164.

[65]) § 164; vgl. auch Dernburg, Festschrift.

Todeserklärung, das Gesetz gerate hier ins Schwanken und befriedige nach keiner Seite hin.

IV. Rechtsstellung der Ehegatten und Kinder der neuen Ehe.

Ist die neue Ehe weder nichtig noch anfechtbar und angefochten, so gelten für die Rechtsstellung der Ehegatten und Kinder die allgemeinen Vorschriften.

Bezüglich der Eltern tritt nur die Frage hinzu, ob dem bösgläubigen Ehegatten gegenüber ein Scheidungsrecht nach § 1565 besteht. Denn, worauf unten[66]) näher hinzuweisen sein wird, der Ehegatte, der bei der Eheschließung weiß, daß der für tot erklärte Ehegatte noch lebt, ist nach § 171 StGB. wegen Doppelehe strafbar.

Daß trotz dieser Strafbarkeit die Ehe gültig ist, wenn nur der andere Ehegatte in gutem Glauben war, ergibt § 1348 Abs. 1. Aber auch ein Scheidungsrecht ist nicht vorhanden; denn es hat sich jener Ehegatte das Verbrechen der Bigamie nicht als Ehegatte der neuen Ehe zuschulden kommen lassen, sondern durch die Eheschließung selbst hat er dies getan. In dem Augenblicke, in dem er Ehegatte der neuen Ehe wurde, war das Verbrechen schon vollendet.

Die Rechtsverhältnisse, die sich für Ehegatten und Kinder der neuen Ehe ergeben, wenn dieselbe nichtig ist, bedürfen einer Erläuterung. Ob die Nichtigkeit absolut ist oder erst infolge Anfechtung eintritt, ist dabei gleichgültig. Für die Ehegatten gelten §§ 1345, 1347.

Kannte ein Ehegatte die Nichtigkeit der Ehe, so steht dem anderen Ehegatten, wenn er gutgläubig war — maßgebend ist für beide der Zeitpunkt der Eheschließung —, gegen den ersteren das Recht zu, ihr gegenseitiges Verhältnis in vermögensrechtlicher Beziehung, insbesondere auch in Ansehung der Unterhaltspflicht, so zu behandeln, wie wenn die Ehe geschieden und der bösgläubige Ehegatte für den schuldigen Teil erklärt worden wäre (§ 1345 Abs. 1).

---

[66]) vgl. unten S. 78.

Diese Vorschrift kann bei einer Nichtigkeit nach §§ 1348 Abs. 1, 1326 nicht in Frage kommen, da hier Nichtigkeit nur dann eintritt, wenn beide Ehegatten gutgläubig gewesen sind.

Wichtig aber ist diese Bestimmung für den Fall des § 1350. Der Anfechtende hat gegen den anderen Ehegatten den Anspruch des § 1345 dann, wenn dieser die Nichtigkeit der Ehe kannte. Es genügt auch, wenn er deren Anfechtbarkeit kannte, wenn er also bei der Eheschließung wußte, daß der für tot Erklärte noch lebte, und wenn er auch wußte, daß der andere Ehegatte in bezug auf das Leben des für tot Erklärten im guten Glauben war.

Waren beide Ehegatten ohne Kenntnis der Anfechtbarkeit nach § 1350, dann steht das Recht des § 1345 keinem der beiden zu, obwohl jeder von ihnen das Recht der Anfechtung hat. Hier greift jedoch § 1351 ein.

Der conjux binubus muß dem neuen Ehegatten Unterhalt gewähren, wenn dieser bei der Eheschließung nicht weiß, daß der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat. Diese Unterhaltspflicht tritt jedoch nur dann ein, wenn der conjux binubus selbst anficht. Tut dies der andere Ehegatte, so bleibt er ohne einen solchen Anspruch auf Unterhalt. Ferner wird der Unterhaltsanspruch nicht nur an den guten Glauben geknüpft, daß die Ehe nicht anfechtbar sei, sondern es wird verlangt, daß der neue Ehegatte vom Überleben der Todeserklärung bei der Eheschließung keine Kenntnis hatte.

Auch hier ist positive Kenntnis erforderlich, um den Unterhaltsanspruch auszuschließen. Kennenmüssen schadet nichts.

Der Unterhaltsbeklagte muß den bösen Glauben des neuen Ehegatten, des Unterhaltsklägers, beweisen.

Keinen Anspruch — weder nach § 1345 noch nach § 1351 — hat demnach

1. der bösgläubige Ehegatte,

2. der gutgläubige Ehegatte, wenn der andere Ehegatte auch gutgläubig ist, und zwar

a) der neue Ehegatte dann nicht, wenn er selbst anficht, oder wenn zwar der conjux binubus anficht, er aber bei der Ehe-

schließung wußte, daß der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat,

b) der conjux binubus überhaupt nicht.

Letzteres muß als eine unbillige Härte erscheinen, wenn das Anfechtungsrecht vom neuen Ehegatten ausgeübt wird.[67]) Denn er steht nun ganz allein. Dem neuen Ehegatten gegenüber hat er kein Recht auf Unterhalt, weil dieser gutgläubig war, und dem für tot Erklärten gegenüber besteht auch ein solcher nicht, da die alte Ehe aufgelöst ist.[68]) Da er selbst die Anfechtbarkeit der Ehe nicht kannte, so kommt er durchaus unverschuldet in diese verlassene Lage.

Das Recht des § 1345 ist an Umfang weiter als das des § 1351. Ersteres umfaßt die Regelung aller vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander; letzteres beschränkt sich auf die Unterhaltspflicht. In beiden Fällen haben bezüglich der Unterhaltspflicht die Vorschriften über die Scheidung der Ehe, die dann eingreifen, wenn einer der Ehegatten für den schuldigen Teil erklärt worden ist, Anwendung zu finden. Dem schuldigen Teil steht hier der bösgläubige Ehegatte oder der conjux binubus, wenn er angefochten hat (§ 1351), auch wenn er gutgläubig ist, gleich. Ist dies der Ehemann, so muß er der Ehefrau standesgemäßen Unterhalt gewähren, wenn diese ihn nicht aus den Einkünften ihres eigenen Vermögens bezieht oder ihn aus dem Ertrag ihrer Arbeit bestreiten kann; letzteres jedoch gilt nur, sofern nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten der Erwerb durch Arbeit der Frau üblich ist (§ 1578 Abs. 1). Einen Unterhaltsanspruch hat der Ehemann andrerseits, wenn die Ehefrau die Stellung des schuldigen Teils einnimmt, jedoch nur insoweit, als er selbst außerstande ist, sich zu unterhalten (§ 1578 Abs. 2).

Eine Einschränkung erleidet diese Unterhaltsverpflichtung insofern, als der Verpflichtete nach § 1579 Abs. 1, wenn er durch die Gewährung des Unterhalts bei Bestreitung seiner sonstigen Verpflichtungen seinen eigenen standesgemäßen Unterhalt gefährdet,

---

[67]) Schroeder S. 52.

[68]) Hierüber vgl. S. 64 ff. Die herrschende Ansicht verneint hier die Auflösung der alten Ehe. Dann würde ein Unterhaltsanspruch bestehen.

so viel von seinen Einkünften für sich behalten kann, als er zu seinem notdürftigen Unterhalt braucht. Mindestens kann er hierzu zwei Drittel seiner Einkünfte zurückbehalten. Ferner tritt noch eine weitere Beschränkung dahin ein, daß der Verpflichtete nur dasjenige zu leisten hat, was mit Rücksicht auf die Bedürfnisse sowie auf die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Beteiligten der Billigkeit entspricht, wenn er für ein minderjähriges, unverheiratetes Kind oder für einen Ehegatten Unterhalt aufzubringen hat (§ 1579 Abs. 1 Satz 2).

Kann die Ehefrau ihren Unterhalt aus dem Stamme ihres Vermögens bestreiten, so erlischt die Unterhaltspflicht des Ehemanns ihr gegenüber ganz (§ 1579 Abs. 2).

Treffen mehrere Unterhaltsbedürftige unter den Unterhaltsberechtigten zusammen, und der Verpflichtete kann nicht allen Ansprüchen genügen, so kommt nach § 1609 eine bestimmte Reihenfolge zur Anwendung. Der nach §§ 1345 oder 1351 berechtigte Ehegatte tritt dann hinter einen eventuellen neuen Ehegatten und hinter die minderjährigen, unverheirateten Kinder zurück. Allen übrigen Verwandten aber geht er vor (§ 1609 Abs. 2).

Andrerseits haftet ihm der verpflichtete Ehegatte vor seinen eigenen Verwandten, außer wenn dieser unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen den Unterhalt ihm nicht ohne Gefährdung seines standesgemäßen Unterhalts gewähren kann (§ 1608).

Auf diese Unterhaltsansprüche kommt § 3 KO. ebenso zur Anwendung wie das Pfändungsprivileg des § 850 ZPO. Die Möglichkeit der Verjährung ist durch § 194 Abs. 2 beschränkt.

Die Gewährung des Unterhalts erfolgt gemäß § 1580 durch Entrichtung einer Geldrente.

Wenn sich der Berechtigte anderweit verheiratete, so erlischt nach § 1581 die Unterhaltsverpflichtung. Dieses Erlöschen tritt aber nicht ein, wenn sich der Verpflichtete wieder verheiratet (§ 1581 Abs. 2). In diesem Falle steht das nun etwa am Vermögen der verpflichteten Ehefrau entstandene Nutznießungs- und Verwaltungsrecht dem Unterhaltsanspruch nicht entgegen (§ 1604 Abs. 1); tritt Gütergemeinschaft oder ein ähnliches Güterrecht ein,

so dient dem Unterhaltsanspruche das ganze Gesamtgut (§ 1604 Abs. 2).

Der Tod des Verpflichteten hat nach § 1582 keinen Einfluß auf die Unterhaltsverpflichtung.

Das Recht des § 1345 umfaßt ferner, im Gegensatz zu § 1351, noch die Berechtigung, Schenkungen zu widerrufen, die der gutgläubige Ehegatte dem bösgläubigen während des Brautstands gemacht hat (§ 1584).

War Gütergemeinschaft vereinbart, so kann der gutgläubige Ehegatte verlangen, daß jedem von ihnen der Wert desjenigen zurückerstattet wird, was er in die Gütergemeinschaft eingebracht hat (§ 1478).

Schließlich kann er auch nach seiner Wahl an Stelle der sich für ihn nach § 1345 ergebenden Berechtigungen anderweite Folgen der Nichtigkeit der Ehe geltend machen. So kann er z. B. einen ganz allgemeinen Schadensersatzanspruch erheben.

Nach § 1347 ist er jedoch auf das Recht des § 1345 beschränkt, wenn er dem anderen Ehegatten erklärt hat, daß er dieses Recht geltend machen wolle. Gibt er die entgegengesetzte Erklärung ab, so geht das Recht des § 1345 unter, und es steht ihm nur noch die Geltendmachung der anderweiten Folgen der Nichtigkeit zu. Alles dies kommt im Falle des § 1351 nicht zur Anwendung. Aus § 1346 ist ein Recht für den Ehegatten, der nach § 1350 angefochten hat, nicht abzuleiten, da hier ein abstraktes Anfechtungsrecht und nicht ein solches wegen Irrtums vorliegt.

Die Rechtsstellung der Kinder der neuen Ehe richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Bei Nichtigkeit der Ehe sind sie unehelich, wenn beide Eltern die Nichtigkeit bei der Eheschließung gekannt haben. Dies gilt auch für die durch nachfolgende Ehe legitimierten Kinder (§§ 1699, 1721).

Im Falle der Nichtigkeit nach § 1348 Abs. 1 sind die Kinder der neuen Ehe daher stets uneheliche, weil hier die beiderseitige Kenntnis der Nichtigkeit deren Voraussetzung ist. Im Falle des § 1350 dagegen kann es nie vorkommen, daß die Kinder unehelich sind, weil die Anfechtung bei beiderseitigem bösen Glauben ausgeschlossen ist.

Ist die Ehefrau der conjux binubus, so ist, trotzdem ihre frühere Ehe nach § 1348 erst mit der Wiederverheiratung aufgelöst worden ist, eine legitimatio per subsequens matrimonium möglich.[69]) Von solchen legitimierten Kindern gilt im Falle der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit der neuen Ehe dasselbe wie von den ehelichen.

V. Wirkung der Nichtigkeit Dritten gegenüber.

Aus der Nichtigkeit einer Ehe, aus der relativen wie der absoluten, können nach § 1344 einem Dritten gegenüber Einwendungen gegen ein zwischen ihm und einem Ehegatten vorgenommenes Rechtsgeschäft oder ein zwischen ihnen ergangenes rechtskräftiges Urteil nur dann hergeleitet werden, wenn zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäftes oder des Eintritts der Rechtshängigkeit die Ehe für nichtig erklärt oder die Nichtigkeit dem Dritten bekannt war.

Wann diese Kenntnis des Dritten von der Nichtigkeit eintritt, ist nicht ohne weiteres klar.

Bei der Nichtigkeit des § 1348 Abs. 1, 1326 ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Dritte erfährt:

1. daß der für tot Erklärte noch lebt,
2. daß beide Ehegatten hiervon bei Eingehung der Ehe positive Kenntnis hatten; Kennenmüssen schadet ihm nicht.

Wird nun die Ehe nach § 1350 angefochten, so ist die Kenntnis des Dritten von der Nichtigkeit der Ehe dann vorhanden:

1. wenn er erfährt, daß der für tot Erklärte noch lebt. Und zwar muß er von dessen Leben im Zeitpunkte der Eheschließung Kenntnis haben. Nicht kommt hier die Zeit der Erhebung der Anfechtungsklage in Betracht. Denn die Anfechtbarkeit der Ehe besteht schon, sobald diese bei Lebzeiten des für tot Erklärten abgeschlossen wird. Der Dritte kann sich also nicht darauf berufen, daß er in dem Glauben gewesen sei, der für tot Erklärte sei nach der Eheschließung gestorben;[70])

---

[69]) Näheres vgl. unten S. 74.

[70]) So auch Planck zu § 1350.

2. wenn er annehmen kann, daß mindestens einer der beiden neuen Ehegatten im Zeitpunkte der Wiederverheiratung von dem Leben des für tot Erklärten nichts wußte. Nahm er irrtümlich den bösen Glauben beider Ehegatten an, so kann ihm eine Kenntnis der Nichtigkeit der Ehe nicht angerechnet werden.

VI. Wirkungen der Wiederverheiratung auf die frühere Ehe.

Eine Wirkung auf die frühere Ehe kann die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung nur dann ausüben, wenn dieselbe im Zeitpunkte der neuen Eheschließung noch besteht, also nur dann, wenn der für tot erklärte Ehegatte damals noch lebte.

Ist dies nicht der Fall, vielmehr ist er vor der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten gestorben, gleichgültig ob dies im Zeitpunkte des vermuteten, im Ausschlußurteil festgestellten Todestages erfolgte oder vor oder nach demselben, dann steht die Wiederverheiratung, die sich nun nur noch formell auf die Todeserklärung gründet, einer Wiederverheiratung im Falle des durch eine Sterbeurkunde nachgewiesenen Todes gleich.

Die güterrechtlichen Beziehungen der früheren Ehegatten sind dann durch den tatsächlichen Tod des für tot erklärten oder schon durch die Todeserklärung, wenn diese vor dem tatsächlichen Tode erfolgt ist, gelöst (§§ 1420, 1544, 1549). Im Falle der Gütergemeinschaft ist bei beerbter Ehe im Zeitpunkte des tatsächlichen Todes fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten; die Todeserklärung ist hier, auch wenn sie vor jenem erfolgte, ohne Wirkung gewesen. Die Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten löst nach § 1493 auch die fortgesetzte Gütergemeinschaft auf.

An der Unterhaltspflicht des zurückgebliebenen Ehegatten hat weder der tatsächliche Tod noch die Todeserklärung des anderen Ehegatten etwas geändert. Auch die Wiederverheiratung ist auf sie ohne Einfluß.

Anders die elterliche Gewalt. Diese wird, wenn sie dem Vater zustand, durch dessen wirklichen Tod oder schon durch seine Todeserklärung, wenn diese früher erfolgte, beendet (§ 1679). Sie steht dann der überlebenden Mutter zu (§ 1684), und diese ver-

liert sie nach Maßgabe des § 1697 durch die Wiederverheiratung in der Weise, daß sie zwar das Recht und die Pflicht behält, für die Person des Kindes zu sorgen, aber nicht zu seiner Vertretung befugt ist.

War die Mutter die Inhaberin der elterlichen Gewalt, so wird diese durch ihren Tod, und wenn die Todeserklärung diesem zeitlich voraufging, nach Analogie des § 1679 durch diese beendet. Dem Vater, dem sie in einem solchen Falle entzogen worden war, wächst sie durch diese Beendigung in der Person der Mutter nicht etwa zu. Hatte er sie aber infolge seiner Todeserklärung verloren, dann kann er sie nach § 1679 Abs. 2 durch Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht wiedererlangen. Durch seine Wiederverheiratung ändert sich an seiner elterlichen Gewalt nichts.

Die Ehelichkeit der von der zurückgebliebenen Ehefrau vor der Wiederverheiratung geborenen Kinder richtet sich nunmehr nach dem Zeitpunkte des wirklichen Todes des Ehemannes. Alle die Kinder, die sie nach den hier obwaltenden Umständen offenbar nicht vom Ehemann empfangen hat, sind, sofern sie bis zum 302. Tage nach dessen Tode geboren sind, zwar unehelich (§ 1591), ihre Unehelichkeit kann jedoch bis zur Anfechtung der Ehelichkeit durch den Ehemann nicht geltend gemacht werden (§ 1593). Ohne Ausnahme wird jedoch in einem solchen Falle der Ehemann gestorben sein, ohne das Anfechtungsrecht verloren zu haben. Dann kann nach § 1593 auch die Unehelichkeit solcher Kinder ohne weiteres geltend gemacht werden.

Durch die Wiederverheiratung der Ehefrau mit dem Vater dieser Kinder tritt demgemäß eine legitimatio per subsequens matrimonium ein, deren Anwendung hinsichtlich der nach dem 302. Tage nach dem tatsächlichen Todestage des Ehemanns geborenen Kinder außer Zweifel steht.[71])

§ 1600 kann, selbst wenn die Wiederverheiratung der Ehefrau nur ganz geringe Zeit nach dem wirklichen Todestage erfolgte, keine Anwendung finden; denn die in Frage kommenden Kinder können, wie eben ausgeführt, nicht eheliche Kinder des ersten Mannes sein. Sie sind daher zweifelsfrei eheliche Kinder der

---

[71]) Hierüber vgl. unten S. 74.

zweiten Ehe, wenn sie nach deren Eingehung geboren sind und der neue Ehemann der Mutter innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat.

Ist andrerseits der für tot erklärte Ehegatte zur Zeit der Wiederverheiratung noch am Leben, so ist seine Ehe noch nicht aufgelöst. Es ist oben dargelegt worden, daß in einem solchen Falle die neue Ehe nicht nach § 1326 nichtig ist. Demnach liegt hier eine Doppelehe vor. Dies muß, da ein solcher Zustand unhaltbar ist, notwendigerweise eine Wirkung auf die frühere Ehe haben.

1. Die Auflösung der früheren Ehe.

Der Staat hat ein Interesse am gültigen Fortbestehen der neuen Ehe. Deshalb schützt er sie. Eine notwendige Folge aber hiervon ist, daß er der früheren Ehe keinen Schutz mehr gewähren kann, wollte er nicht den Zustand einer Doppelehe sanktionieren. Es bestimmt daher § 1348 Abs. 2, daß die alte Ehe mit der Schließung der neuen Ehe aufgelöst werde. Auch in allen Entwürfen[72]) findet sich eine gleiche Vorschrift.

Diese Bestimmung enthält einen neuen, selbständigen Eheauflösunngsgrund, der denen des Todes und der Scheidung angereiht wird. Überall, wo das Gesetz von der Auflösung einer Ehe spricht, ist daher auch die Auflösung nach § 1348 Abs. 2 zu verstehen, so z. B. StPO. § 51 Ziff. 2, ZPO. § 383 Ziff. 2.

Die Auflösung der alten Ehe erfolgt durch die Eheschließung des zurückgebliebenen Ehegatten mit einem Dritten, die nach Maßgabe des § 1317 stattzufinden hat. Die persönliche und bei gleichzeitiger Anwesenheit abzugebende Erklärung der Nupturienten vor dem zur Entgegennahme derselben bereiten Standesbeamten bewirkt die Auflösung der früheren. Nicht ist etwa diese Wirkung der Eintragung der neuen Ehe ins Heiratsregister beigelegt.

Voraussetzung dieser eheauflösenden Wirkung ist:

1. das Vorhandensein einer Todeserklärung. Es ist oben ausgeführt, daß diese selbst eine Wirkung auf den Bestand einer Ehe nicht auszuüben vermag. Hier wirkt sie indirekt eheauflösend.

---

[72]) 1. Entw. § 1464, 2. Entw. § 1482.

§ 1348 Abs. 1 bedeutet daher eine nicht unerhebliche Verstärkung ihrer Wirkungen; er beschränkt sich nicht auf die bloße Vermutungswirkung des § 18, er gehe aber auch nicht bis zur definitiven Auflösung von Rechtsverhältnissen, wie dies in §§ 1420 u. a. der Fall ist.

2. Der für tot Erklärte muß zur Zeit der Eheschließung noch am Leben sein. Denn sonst ist die Ehe schon durch seinen Tod aufgelöst; eine nochmalige Auflösung ist natürlich widersinnig. Aus dem Wortlaut des § 1348 Abs. 2 ist dies nicht ohne weiteres ersichtlich. Doch ergibt es sich aus dem Zusammenhange mit § 1348 Abs. 1.[73]) Immerhin kann die Fassung des — überdies auch von Endemann[74]) als verunglückt bezeichneten — § 1348 nicht präzis genannt werden; zumal da in der Überschrift des Titels nicht zum Ausdruck gekommen ist, daß lediglich die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung, wenn der für tot Erklärte noch lebt, behandelt werden sollte, hätte zum Ausdruck gebracht werden müssen, daß die Auflösung der alten Ehe nur dann durch die neue Eheschließung bewirkt wird, wenn sie nicht schon vorher aufgelöst worden ist.

Irreführend ist überdies auch noch eine Bemerkung in den Mot. Bd. 5[75]) zu § 1931. Diese sagen, daß bei der Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung das Erbrecht des Ehegatten mit der Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 durch die Schließung der neuen Ehe wegfalle. Dies ist indessen nur dann der Fall, wenn die alte Ehe nicht schon vorher aufgelöst ist; es muß also auch hier vorausgesetzt werden, daß der für tot Erklärte zur Zeit der Wiederverheiratung noch lebt.

[73]) Unrichtig die Entsch. d. KG. v. 2. 8. 1902 bei Mugdan-Falkmann Bd. 6 S. 153 ff., die die Kinder der zurückgebliebenen Ehefrau für eheliche der früheren Ehe erklärte, wenn sie vor der Wiederverheiratung geboren seien, gleichgültig, ob der für tot erklärte Ehegatte noch lebt oder schon gestorben ist, weil die Todeserklärung nicht geeignet sei, die Illegitimitätsklage zu ersetzen; ebenso Boschan, DJZ. 1903 Heft 3. Richtig aber die herrschende Lehre: der Einsender bei Mugdan-Falkmann; Endemann § 164 Anm. 13; Mannherz S. 14; Sartorius S. 164; Olshausen, DJZ. 1903 S. 148; Hanseatische Gerichtszeitung 3. 11. 1904; Meisner S. 57; Fuchs, Gruchot Heft 6; Boelling S. 11.

[74]) Endemann § 164 Anm. 9.

[75]) Habicht S. 73; Mot. Bd. 5 S. 381.

Die Auflösung der früheren Ehe ist nach § 55 Abs. 2 PStG. am Rande der über die Schließung der Ehe bewirkten Eintragung im Heiratsregister zu vermerken. Der Standesbeamte, vor dem die neue Ehe abgeschlossen wird, hat dem Standesbeamten, in dessen Heiratsregister die frühere Ehe eingetragen ist, einen Registerauszug über die neue Eheschließung behufs Beischreibung des Randvermerks kostenfrei zu übersenden (§ 25 Abs. 2 der Bundesratsbekanntmachung v. 25. 3. 1899). Dieser Randvermerk löst die frühere Ehe nicht etwa selbst auf, so daß durch ihn der Beweis dafür geführt werden könnte, daß die frühere Ehe bis zur Wiederverheiratung fortbestanden habe. Vielmehr muß derjenige, der dies behauptet, auch beweisen, daß der für tot Erklärte damals wirklich noch gelebt hat. Tut er dies nicht, so gilt unvermindert die Vermutung fort, daß der für tot Erklärte im Zeitpunkte des präsumtiven Todes gestorben sei. So lange gilt auch der wiederverheiratete Ehegatte als sein Erbe.

2. Nachträgliche Aufhebung der Todeserklärung.

Die Auflösung der alten Ehe nach § 1348 Abs. 2 ist durch die Unrichtigkeit der Todeserklärung bedingt; denn wäre die Todeserklärung richtig, dann würde auch die Ehe schon früher aufgelöst worden sein, also jetzt nicht noch einmal aufgelöst werden können. Es muß daher die nachträgliche Aufhebung der Todeserklärung, die sich auf diese Unrichtigkeit stützt, ohne Einfluß auf die Auflösung der alten Ehe sein. Eine solche Aufhebung der Todeserklärung dürfte aber kaum in Frage kommen, da sie nur innerhalb eines Monats vom Tage der Verkündung des Ausschlußurteils im Wege der Anfechtungsklage (ZPO. § 973) beantragt werden kann.

Andrerseits kann aber eine Todeserklärung wegen formeller Mängel nach § 957 Abs. 2 ZPO. angefochten und aufgehoben werden. Diese Anfechtung ist an eine einmonatige Notfrist gebunden, die vom Tage der Kenntnisnahme des Anfechtungsberechtigten bezüglich des Anfechtungsgrundes ab läuft (§ 958 ZPO.), mindestens aber von dem Tage ab, an welchem er Kenntnis vom Ausschlußurteil überhaupt erhält. Wird die Todeserklärung auf eine solche Klage hin aufgehoben, so wird sie ex tunc beseitigt.

Die im Vertrauen auf sie neu eingegangene Ehe wird dadurch, wie oben ausgeführt worden ist, als Doppelehe nichtig, denn zur Zeit ihrer Eingehung lebte der zurückgebliebene Ehegatte mit dem noch lebenden für tot Erklärten noch in gültiger Ehe. Für die Auflösung der alten Ehe ist die Existenz der Todeserklärung ebenfalls Voraussetzung; mangels abweichender Vorschriften könnte sie nicht eintreten, wenn eine solche ex tunc wirkende Aufhebung der Todeserklärung erfolgt. Hier bestimmt jedoch § 1348 Abs. 2 Satz 2, daß die alte Ehe auch dann aufgelöst bleiben soll, wenn die Todeserklärung infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

Die Rechtslage ist sonach die: Die Aufhebung der Todeserklärung infolge einer Anfechtung nach § 957 Abs. 2 ZPO. hat die Nichtigkeit der neuen Ehe zur Folge; die alte Ehe ist aber durch die Schließung der neuen Ehe aufgelöst worden und bleibt auch aufgelöst. Der zurückgebliebene Ehegatte wird demnach ehefrei und kann durch Wiederholung der Eheschließung zu der Ehe mit dem Ehegatten der nichtigen Ehe gelangen, denn jetzt steht ihm das Ehehindernis des § 1309 nicht mehr entgegen.

Der Aufhebung der Todeserklärung steht die Abänderung des im Urteil festgestellten Todestags und seine Verlegung auf einen nach der Wiederverheiratung liegenden Zeitpunkt gleich. Auch hierdurch würde die Auflösung der alten Ehe nicht berührt werden. Aber auch die Nichtigkeit der neuen Ehe kann dadurch nicht herbeigeführt werden, da eine solche Verlegung des Todestags sich im Grunde genommen auf das Fortleben des Verschollenen bis zu dem neuen Todestage stützt, solchenfalls also § 1348 Abs. 1 anzuwenden ist.

3. Ungültigkeit der neuen Ehe.

Die Nichtigkeit oder die Anfechtbarkeit der neuen Ehe hat auf die Auflösung der alten Ehe keinen Einfluß.

Die Richtigkeit dieses Satzes, den die herrschende Lehre mit wenigen Ausnahmen — unter diesen jedoch Dernburg — verneint,[76]) ergibt sich aus folgendem:

---

[76]) Die herrschende Lehre: Planck zu § 1348 S. 74; Staudinger-Engelmann S. 67 ff.; Friedberg S. 408 Anm. 23; Endemann Bd. 2 § 164, 2 und

1. § 1348 Abs. 2 besagt:

„Mit der Schließung der neuen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst."

Wenn das Bürgerliche Gesetzbuch Rechtsfolgen an eine Ehe nur dann knüpfen will, wenn dieselbe weder nichtig noch anfechtbar ist, dann spricht es ausdrücklich von einer gültigen Ehe. Ein Beispiel hierfür ist § 1326. Nach dieser Vorschrift ist eine Ehe nur dann wegen Bigamie nichtig, wenn der eine Ehegatte bei der Eheschließung mit einem anderen in gültiger Ehe lebte. Keine Doppelehe liegt demnach vor, wenn die frühere Ehe nichtig oder anfechtbar ist.

Dieser Sprachgebrauch ist nicht nur dem Bürgerlichen Gesetzbuch eigen. Er findet sich auch im Strafgesetzbuch. Dieses bedroht in § 171 die Bigamie mit Strafe, wenn die Doppelehe eingegangen wird, bevor die frühere Ehe aufgelöst worden ist. Hier wird schlechthin von einer Ehe gesprochen und unter ihr sowohl die gültige als auch die ungültige verstanden.[77])

2. Aus der Fassung des § 1348 und dem Zusammenhange des Abs. 2 mit Abs. 1 ergibt sich ferner, daß mit „der neuen Ehe" in Abs. 2 nicht etwa nur die nach Abs. 1 gültige Ehe gemeint ist, sondern überhaupt die Ehe, die im Falle der Todeserklärung vom zurückgebliebenen Ehegatten neu eingegangen wird. Denn Abs. 1 spricht ganz allgemein von einer Ehe, die der Ehegatte des für tot Erklärten eingeht, und erklärt sie trotz des Lebens des Verschollenen für nicht nichtig, abgesehen vom Falle der beiderseitigen Bösgläubigkeit der neuen Ehegatten. Durch die Schließung der neuen Ehe, so fährt Abs. 2 fort, wird die alte Ehe aufgelöst. Es ist m. E. kein Grund zu der Annahme vorhanden, daß nun im Abs. 2 nur die gültige Ehe, nicht aber die im Falle der Bösgläubigkeit nichtige Ehe gemeint sei. Insbesondere kann dies nicht aus der Wortstellung: „es sei denn,

---

Anm. 13; Opet S. 85 Anm. 2 zu § 1348; Erler, Ehescheidungsrecht S. 68 ff.; A. Schmidt S. 136; Boelling S. 26 ff.; Küntzel S. 671 ff.; Cosack S. 489. Dagegen zutreffend Dernburg, Festschrift; Meisner S. 53; Gierke, Das BGB. und der Deutsche Reichstag S. 21; Schroeder S. 48; Jakobi S. 47; Leonhard bei Opet S. 85; Frantzen S. 35 ff.

[77]) vgl. Dernburg in der Festschrift; Boelling S. 27 gibt dies zu; desgl. Planck a. a. O.

daß" geschlossen werden. Hierdurch wird lediglich die Umkehrung der Beweislast zum Ausdruck gebracht.

Ausführlicher gefaßt will Abs. 2 sagen:

„Mit der Schließung der neuen, nach Abs. 1 beim Fortleben des für tot Erklärten trotz § 1326 gültigen, wenn aber beide Ehegatten vom Fortleben jenes Kenntnis hatten, nichtigen Ehe wird die frühere Ehe aufgelöst".

Andernfalls hätte das Bürgerliche Gesetzbuch sagen müssen:

„Ist die neue Ehe gültig, so wird durch ihre Schließung die frühere Ehe aufgelöst".

Meisner[78]) geht auf den Wortlaut des § 1348 nicht ein. Er legt im übrigen jeder, auch der ungültigen Ehe die Wirkung der Auflösung der früheren Ehe bei; nur in dem Falle der Nichtigkeit nach §§ 1348 Abs. 1, 1326 — im Falle der Kenntnis beider Ehegatten vom Fortleben — will er der neuen Eheschließung die eheauflösende Wirkung versagt wissen. Er stützt dies darauf, daß in einem solchen Falle die Todeserklärung ihre Bedeutung für die Wiederverheiratung verloren habe. Dies wird ohne weiteres zugegeben, aber dabei eben betont, daß diese Bedeutung nur für die Wiederverheiratung verloren gegangen ist, nicht für die alte Ehe. Deren Auflösung ist eine Folge der Wiederverheiratung und kann nur dann beseitigt werden, wenn die Wirkungen der Wiederverheiratung überhaupt beseitigt werden können. Daß dies aber nicht möglich ist, soll unten dargelegt werden.[79])

Wäre die Auflösung der früheren Ehe eine der Wirkungen der Todeserklärung selbst, dann müßte zweifellos diese Wirkung ausgeschaltet sein, wenn beide Nupturienten die Unrichtigkeit der Todeserklärung kennen. Hier aber steht als selbständiger Auflösungsgrund die Wiederverheiratung dazwischen. Deshalb ist der Meisnerschen Darlegung nicht beizupflichten.

Boelling (a. a. O.) legt Wert auf den Gebrauch des bestimmten Artikels „der neuen Ehe". Wie oben ausgeführt, deutet gerade die Anwendung dieses bestimmten Artikels darauf hin,

---

[78]) Meisner S. 53; vgl. auch Boelling S. 27, 28.

[79]) vgl. unten S. 60 ff.

daß die im Abs. 1 erwähnte, im Falle der Todeserklärung abgeschlossene Ehe gemeint ist.

3. Aus der Entstehungsgeschichte des § 1348 Abs. 2 ist zu ersehen, daß anfangs damit gerechnet worden ist, zum Ausdruck zu bringen, daß nicht nur die absolut gültige Ehe die auflösende Wirkung habe.

§ 1464 Abs. 2 1. Entw. ordnete an, daß die Auflösung der früheren Ehe in Kraft bleiben solle, auch wenn die neue Ehe anfechtbar sei und angefochten werde, und die Motive[80]) begründen dies damit, daß sonst durch die Anfechtung der neuen Ehe auch eine inzwischen vom Verschollenen neu eingegangene Ehe in Frage gestellt werde.

Der 2. Entw. § 1482 Abs. 2 hat diese Bestimmung mit der Modifikation übernommen, daß nur eine nicht nach § 1483 des 2. Entw., der dem § 1350 entspricht, erfolgte Anfechtung die Auflösung der früheren Ehe nicht berühre.[81])

Im Falle der Nichtigkeit der neuen Ehe trat also in den beiden ersten Entwürfen keine Auflösung der früheren Ehe ein, im 2. Entw. trat hinzu noch der Fall der Anfechtung nach § 1350 BGB.[82])

Die gleiche Stellung wie der 2. Entw. nahm die Bundesratsvorlage ein (§ 1333 Abs. 2).

Bei den Beratungen des Bundesrats[83]) wurden nun diese Bestimmungen ohne Angabe von Gründen gestrichen. So ist

---

[80]) Mot. Bd. 4 S. 464.

[81]) Dies übersieht Meisner S. 55, indem er sagt, der 2. Entw. habe für den Fall der Anfechtung der neuen Ehe die Auflösung der früheren Ehe in Kraft lassen wollen.

[82]) In den Prot. Bd. 4 S. 452 ff. heißt es: Die alte Ehe lebe im Falle der Anfechtung nach § 1350 wieder auf. Danach müßte sie eigentlich vom Tage der Auflösung bis zur Nichtigkeitserklärung nicht bestanden haben. Vgl. Denkschr. S. 265 und das unten S. 59 Gesagte.

[83]) Jakobi S. 58: Diese Streichung sei „weil selbstverständlich" vorgenommen worden; ebenso Küntzel S. 671 ff.; A. Schmidt S. 136: Die Streichung sei ohne Absicht einer sachlichen Änderung erfolgt; Meisner a. a. O.: Der Bundesrat habe unmöglich eine strengere Auffassung zum Ausdruck bringen wollen.

denn auch die Regelung, wie wir sie im Bürgerlichen Gesetzbuch finden, ohne eine solche Bestimmung zustande gekommen.

Es ist nun die Aufgabe der Auslegung, festzustellen, was der Gesetzgeber durch diese Streichung hat zum Ausdruck bringen wollen. Scheinbar bietet sich hier ein Anhaltepunkt für die Absicht des Gesetzgebers in der Denkschrift (S. 265), wo die Rede davon ist, daß der Unterhaltsanspruch des zurückgebliebenen Ehegatten gegen den für tot erklärten im Falle der Anfechtung der neuen Ehe „mit der alten Ehe" wieder auflebe.

Diese[84]) Ausdrucksweise ist jedoch sicherlich keine authentische Interpretation, sondern gibt wohl mehr die persönliche Auffassung des Verfassers wieder. Denn wenn eine Ehe wieder aufleben soll, dann muß sie doch unbedingt aufgelöst gewesen sein. Bei der Anfechtung einer Ehe jedoch ist diese gemäß § 1343 als von Anfang an nichtig anzusehen. Es ist durchaus unverständlich, warum dann die frühere Ehe nicht schon vom Zeitpunkte der neuen — nichtigen — Eheschließung an weiterbestanden haben soll, sondern erst eine Zeitlang verschwinden und mit der Nichtigkeitserklärung wieder auftauchen soll.

Wenn einmal der ungültigen Ehe die auflösende Wirkung auf die frühere Ehe versagt werden soll, dann muß dies zweifellos auf den Zeitpunkt der Schließung der Ehe zurückwirken.[85])

Es ist daher die angeführte Stelle der Denkschrift als Indiz für die Gründe der Streichung jener Bestimmungen durch den Bundesrat zurückzuweisen.

Mit Sicherheit ist aus der Streichung zu entnehmen, daß hinsichtlich ihrer Wirkung auf die frühere Ehe die nichtige neue Ehe und die anfechtbare, sei es nun, ob sie aus den allgemeinen Gründen oder aus dem besonderen des § 1350 angefochten wird, gleiche Behandlung erfahren sollen.[86])

Ob nun aber der Gesetzgeber durch die Streichung seiner Meinung dahin Ausdruck geben wollte, daß die ungültige Ehe überhaupt keine auflösende Wirkung auf die frühere Ehe aus-

---

[84]) Ich schließe mich hier an Dernburg, Festschrift, an.

[85]) A. M. Erler S. 75; Jakobi S. 58.

[86]) So auch Boelling S. 27.

üben solle, oder ob er dies gerade beabsichtigte, indem er sie der gültigen Ehe gleichstellte, kann aus der Tatsache der Streichung allein nicht geschlossen werden. Es ist sicherlich unzutreffend, daß er hier ohne die Absicht einer sachlichen Änderung gehandelt habe. Denn eine solche liegt auf jeden Fall vor, sei es nun, daß er der anfechtbaren Ehe die auflösende Wirkung, die diese nach den ersten Entwürfen hatte, nehmen oder sie der nichtigen Ehe, die sie vorher nicht hatte, geben wollte.

Die Streitfrage ist dahin zu entscheiden, daß auch die ungültige Ehe schlechthin durch die Streichung die eheauflösende Kraft beigelegt erhalten hat. Es ergibt sich dies aus der zu gleicher Zeit mit der Streichung entstandenen heutigen Fassung des § 1348. Wäre der gegenteilige Sinn beabsichtigt gewesen, so hätte der Gesetzgeber um so mehr dem § 1348 eine andere Fassung geben müssen.

4. Daß der ungültigen Ehe eine so weitgehende Wirkung, wie sich die Auflösung einer anderen Ehe darstellt, beigelegt worden ist, entspricht durchaus dem Wesen der Ehe, die sich als Rechtsgeschäft bedeutend über die übrigen Rechtsgeschäfte des Bürgerlichen Gesetzbuches heraushebt.

Eine nichtige Ehe ist etwas durchaus Verschiedenes von einem gewöhnlichen nichtigen Rechtsgeschäft.

Ein gewöhnliches nichtiges Rechtsgeschäft ist in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so anzusehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. So lautete die Vorschrift des § 108 1. Entw., die aber schon bei der 2. Lesung als selbstverständlich[87]) weggelassen wurde. Soweit das nichtige Rechtsgeschäft die Grundlage zu Rechtsveränderungen gewesen ist, sind auch diese Rechtsveränderungen als nicht geschehen anzusehen.[88])

Hinsichtlich der nichtigen Ehe bestimmte der 1. Entw. § 1252 Abs. 2:

Die nichtige Ehe ist so anzusehen, als ob sie nicht abgeschlossen worden wäre.

---

[87]) Prot. Bd. 1 S. 125; Dernburg, Festschrift: Der Begriff der Nichtigkeit sei vielmehr von der Wissenschaft festzustellen.

[88]) O. Fischer S. 329, 331 ff.; Buhl S. 146.

Der 1. Entw. stellte also die nichtige Ehe den übrigen nichtigen Rechtsgeschäften gleich. Auch diese Vorschrift ist in dem 2. Entw. gestrichen, aber nicht, weil sie Selbstverständliches sagt, sondern weil sie unrichtig ist. Sie verkennt den Begriff der nichtigen Ehe.[89])

Bei dieser treten nicht nur Rechtsveränderungen vermögensrechtlicher Natur ein, sondern sehr bedeutungsvolle familienrechtliche Rechtsveränderungen. Letztere stehen und fallen nicht mit der Ehe, auf die sie sich gründen, sondern überdauern diese oftmals. So sind z. B. die Kinder einer nichtigen Ehe nach § 1699 ehelich; die legitimierten bleiben nach § 1721 legitimiert, auch wenn die Ehe nichtig ist. Würde die Ehe als nicht geschlossen anzusehen sein, so wären diese Kinder uneheliche bezw. nicht legitimiert. Dies ist aber unbillig, da ihre Existenz nicht wegfingiert werden kann. Ebenso bleibt die Ehefrau der nichtigen Ehe eine Ehefrau und die Mutter ihrer ehelichen Kinder.[90])

Das Gesetz selbst legt also der nichtigen Ehe Wirkungen einer gültigen Ehe bei.

Die erstere ist daher als eine Abart der letzteren anzusehen.[91]) Natürlich ist nicht jedes einer Ehe ähnliche Verhältnis schon eine solche Abart der Ehe. Auch die nichtige Ehe muß verschiedene Erfordernisse erfüllen, wenn sie die bezeichneten Wirkungen ausüben soll. Tut sie dies nicht, so ist keine nichtige Ehe, matrimonium nullum, vorhanden, sondern eine Nichtehe, matrimonium non existens. Das Gesetz selbst hat die Grenzen zwischen beiden nicht scharf gekennzeichnet.

Eine Nichtehe liegt z. B. dann vor, wenn die Vorschrift des § 1317 verletzt ist. Haben die Nupturienten nicht persönlich und nicht bei gleichzeitiger Anwesenheit vor dem Standesbeamten die Erklärung abgegeben, daß sie die Ehe miteinander eingehen wollen, und ist diese scheinbare Ehe nicht ins Heiratsregister eingetragen worden, dann liegt auch nicht eine nichtige Ehe vor. Äußerlich ist dies dadurch erkennbar, daß eine Klage gegenüber einer solchen

---

[89]) O. Fischer a. a. O.

[90]) Nach O. Fischer S. 331.

[91]) Dernburg, Festschrift S. 13ff.

Ehe nach § 1329 nicht erhoben werden kann, da § 1329 den Fall des § 1324, der von solchen Nichtehen handelt, ausnimmt.

Weitere Fälle sind vom Gesetz nicht normiert. Man wird aber hierunter vornehmlich noch eine „Ehe" rechnen müssen, die von Personen desselben Geschlechts abgeschlossen wird.

Immer kann als Kriterium angesehen werden, ob die Nichtigkeit der Ehe durch eine Klage geltend gemacht werden kann. Ist dies nicht der Fall — dies ergibt sich aus § 1329 —, so liegt eine Nichtehe vor, deren Nichtigkeit sofort gegenüber jedermann geltend gemacht werden kann. Dieses matrimonium non existens hat keinerlei Wirkungen einer wirklichen Ehe. Aus ihm können niemals eheliche Kinder hervorgehen.

Ebenso ist es ausgeschlossen, daß eine solche Nichtehe die eheauflösende Wirkung des § 1348 Abs. 2 ausübt.

Auch im Gebiete des Strafrechts genießt dieser Unterschied zwischen Nichtehe und nichtiger Ehe Beachtung. Das Verbrechen der Bigamie (§ 171 StGB.) und des Ehebruchs (§ 172 StGB.) setzen nicht etwa zwingend eine gültige Ehe voraus. Es genügt, wenn eine nichtige Ehe verletzt wird. Nicht aber ist der Tatbestand der beiden Delikte erfüllt, wenn ein matrimonium non existens den Gegenstand des Verbrechens bildet. Hier ist eben der zivilistische Begriff des matrimonium nullum ausschlaggebend.[92])

Der 1. Entw. überspannte den Begriff der nichtigen Ehe, indem er den Unterschied zwischen nichtiger Ehe und Nichtehe überging.[93]) Ihm folgt die herrschende Lehre, wenn sie der nichtigen Ehe gleichwie der Nichtehe die Wirkung der Auflösung der früheren Ehe nach § 1348 Abs. 2 versagt. Es ist abwegig, mit ihr anzunehmen, daß durch das Nichtigkeitsurteil der neuen Ehe ipso jure feststehe, daß die alte Ehe bis jetzt fortbestanden habe, also niemals aufgelöst worden sei.[94]) Ein solches Urteil bestätigt im Gegenteil das Vorhandensein einer nichtigen Ehe, nicht einer Nichtehe (denn sonst hätte die Klage abgewiesen werden müssen) und stellt somit ausdrücklich fest, daß die frühere Ehe durch die Wiederverheiratung aufgelöst worden ist.

---

[92]) Dernburg, Festschrift.
[93]) O. Fischer S. 329.
[94]) Endemann § 164 Anm. 25.

5. Der conjux binubus wird durch die Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe ehefrei. Er kann sowohl mit dem früheren als auch mit dem neuen Ehegatten eine neue Ehe eingehen.

In dem Wegfall beider Ehen, der früheren durch die Auflösung nach § 1348 Abs. 2, der neuen durch das Nichtigkeitsurteil, erblicken einige[95]) eine Durchbrechung des sonst vom Bürgerlichen Gesetzbuch gehandhabten favor matrimonii. Es könne eine nichtige Ehe nicht eine rechtsgültige Ehe beseitigen, und deshalb schon habe der Gesetzgeber der nichtigen neuen Ehe nicht die Wirkung des § 1348 Abs. 2 beilegen können.

Es muß zugegeben werden, daß hier allerdings der favor matrimonii ausgeschaltet ist. Der conjux binubus wird von der neuen ungültigen Ehe befreit, ohne daß die durch diese Ehe bedingte Auflösung der gültigen früheren rückgängig gemacht wird. Es besteht daher auch die Möglichkeit, daß sich ein Ehegatte der früheren ihm lästigen Ehe durch die Eingehung einer nichtigen neuen Ehe bequem entledigen kann, ohne an die neue Ehe gebunden zu sein.

Diese Außerachtlassung des favor matrimonii steht jedoch im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht allein. Vielmehr bedeutet z. B. schon das gesamte Scheidungsrecht eine recht erhebliche Einschränkung dieses Grundsatzes.

§ 1348 Abs. 2 selbst enthält eine weitere ausdrückliche Durchbrechung dieses Grundsatzes. Hier wird bestimmt, daß die frühere Ehe aufgelöst bleiben soll, selbst wenn die Todeserklärung aufgehoben werden sollte. Geschieht letzteres, so entfällt, insofern die Aufhebung aus einem anderen Grunde als dem Fortleben des für tot Erklärten erfolgte, die Grundlage für die Gültigkeit der neuen Ehe. Dieselbe ist vielmehr nichtig. Und doch bleibt es bei der Auflösung der früheren Ehe. Also auch hier kommen beide Ehen in Wegfall.

Die Gründe, die zu dieser Durchbrechung des favor matrimonii führten, liegen klar:

Nicht die nichtige Ehe sollte einen Einfluß auf die frühere Ehe erhalten, sondern es sollte der conjux binubus der Not-

---

[95]) Endemann § 164 Anm. 19; Boelling S. 35 Anm. 2.

wendigkeit überhoben werden, mit dem ihm entfremdeten Verschollenen die Ehe fortsetzen zu müssen. Rechnet man noch mit der Möglichkeit einer unverschuldeten Verschollenheit, so mag dies ungerecht erscheinen. Das Bürgerliche Gesetzbuch aber zieht nur den Fall verschuldeter Verschollenheit in Erwägung und folgert daraus die Pflicht, dem conjux binubus vor dem früheren Ehegatten Schutz zu gewähren.

Würde man den Grundsatz streng befolgen, eine gültige Ehe der neuen nichtigen nicht hintanzusetzen, so würde überdies auch eine sehr bedenkliche Rechtsunsicherheit eintreten.

Die alte Ehe hat dann neben der nichtigen fortbestanden. Alle sich auf die letztere gründenden Rechtsverhältnisse fußen eigentlich auf der früheren Ehe und sind dementsprechend zu beurteilen.

Hierdurch würden eine große Zahl von äußerst verwirrten Rechtsverhältnissen entstehen. Dem geht das Bürgerliche Gesetzbuch richtiger Auffassung zufolge aus dem Wege.[96])

6. Aus der Eheloſigkeit des conjux binubus und des neuen Ehegatten folgt, daß der erstere, wenn der andere gutgläubig ist, bei einer Anfechtung nach § 1350 ohne jeden Unterhaltsanspruch ist.[97])

Die herrschende Lehre stellt die Absicht des Gesetzgebers, eine solche Unbilligkeit herbeizuführen, in Abrede und schließt daraus auf die Richtigkeit ihrer Meinung, daß in einem solchen Falle eben die alte Ehe durch die neue nicht aufgelöst werde, sondern fortbestehe. Es habe daher auch der conjux binubus einen Unterhaltsanspruch gegen den für tot Erklärten.

Wenn auch die oben angezogene Stelle der Denkschrift[98]) diese Anschauung bestätigt — sie spricht vom Wiederaufleben dieses Unterhaltsanspruchs —, so ist dem doch nicht beizupflichten. Die Vorschriften des Gesetzes sind in dieser Beziehung nicht erschöpfend. § 1351 ist auf der Grundlage des 2. Entw. entstanden, der gerade bei der Anfechtung nach § 1350 die alte

---

[96]) vgl. oben S. 46.

[97]) Hierüber Näheres unter VII S. 69ff.

[98]) Denkschr. S. 265.

Ehe fortbestehen ließ. Er hatte daher nur an eine Versorgung des neuen, durch keinerlei frühere Ehe gedeckten Ehegatten zu denken. Diese Sonderstellung der Wirkung des § 1350 ist aber im Gesetze weggefallen, ohne daß nun auch für eine Versorgung des conjux binubus Sorge getragen worden ist.

Hier ist eben eine Härte im Gesetz nicht zu beseitigen. Daß aber deswegen nicht auf die Richtigkeit der herrschenden Lehre geschlossen werden darf, ergibt sich daraus, daß auch, wenn man diese zugrunde legt, sich ein Widerspruch ergibt. Dann hätte nämlich der conjux binubus sowohl gegen den für tot Erklärten als auch gegen den neuen Ehegatten, wenn dieser nach § 1345 schlechtgläubig war, einen Anspruch auf Unterhalt. Ihm würde also ein doppelter Anspruch gegeben sein. Auch dies läßt sich durch nichts rechtfertigen.

7. Der conjux binubus kann sich nach der Nichtigkeitserklärung auch mit einem Dritten verheiraten. Dies wird sowohl von den Gegnern unserer Ansicht als auch von Dernburg[99]) selbst als eine bedauerliche Konsequenz derselben bezeichnet. M. E. ist dies nur dann zutreffend, wenn es sich um eine Anfechtung nach § 1350 handelt. Denn sonst ist kein Grund vorhanden, warum die Eingehung einer solchen anderweiten Ehe zu bedauern sein sollte. Weder die frühere, inhaltsleere noch die neue, nichtige Ehe stehen ihr entgegen. Anders im Falle des § 1350. Hier kann die Ehe aus durchaus ungerechtfertigten, nach außen gar nicht in die Erscheinung tretenden Gründen beseitigt werden. Der Staat hat aber ein Interesse daran, dies zu verhüten. Der Anfechtung nach § 1350 gegenüber ist er jedoch ohnmächtig.

Diese bedauerliche Erscheinung ist jedoch nicht eine Folge der an sich gerechten Auflösung der früheren Ehe auch durch eine nichtige Ehe, sondern sie ist eine notwendige Folge des durchaus verfehlten Anfechtungsrechts nach § 1350.

---

[99]) In der Festschrift; auch Boelling u. a.; vgl. die S. 55 Anm. 76 angeführte Literatur.

VII. Rechtsstellung der Ehegatten und Kinder der früheren Ehe.

Die durch die Wiederverheiratung bewirkte Auflösung der früheren Ehe hat ebenso wie die Auflösung einer Ehe durch den Tod oder durch Scheidung wichtige Rechtsveränderungen für die Ehegatten und die Kinder der Ehe zur Folge.

Da es sich hier um die Auflösung einer Ehe bei Lebzeiten beider Ehegatten handelt, so steht sie derjenigen durch Scheidung am nächsten. Trotzdem können aber nicht ohne weiteres die Vorschriften über die Scheidung und deren Folgen hier zur Anwendung kommen.[100]) Dies ergibt sich daraus, daß das Gesetz in einzelnen, unten zu erläuternden Fällen bestimmt, daß die Vorschriften über die Folgen der Scheidung Geltung haben sollen. Also beschränkt sich deren Anwendung folgerichtig auch auf diese Fälle, abgesehen von einigen Vorschriften, deren analoge Anwendung sich von selbst gebietet.

1. Rechtsstellung der Ehegatten.

Alle Beziehungen der Ehegatten zueinander, die lediglich auf dem rechtlichen Bestande der Ehe fußten, finden mit der Auflösung derselben ihr Ende. So sind insbesondere die Vorschriften der §§ 1353—1362 gegenstandslos geworden.

Im Gebiete des ehelichen Güterrechts wirkt die Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 nur insoweit rechtsbeendigend, als die einzelnen Güterrechtsverhältnisse nicht schon infolge der Todeserklärung (§§ 1420, 1544, 1549) beendigt worden sind. Die Nutznießung und Verwaltung beim gesetzlichen Güterstande, die Errungenschafts- und die Fahrnisgemeinschaft sind schon beseitigt; auf sie kann die Wiederverheiratung nur dann auflösend wirken, wenn etwa der für tot Erklärte inzwischen schon gemäß §§ 1425, 1547, 1549 diese Rechte wiedererlangt haben sollte. Dies ist indessen kaum denkbar.

---

[100]) vgl. Hachenburg S. 343ff.

Die Ausübung dieser Rechte ist indessen nur bis zur Wiederverheiratung möglich. Durch dieselbe gehen sie unter, da ja auch die frühere Ehe aufhört zu existieren.

Die Gütergemeinschaft ist durch die Todeserklärung nicht berührt worden, sondern hat ungeschmälert fortbestanden. Die Vermutung, daß — bei beerbter Ehe — fortgesetzte Gütergemeinschaft eingetreten sei, ist widerlegt. Die Anwendung des § 1493 ist daher ausgeschlossen.

Die Gütergemeinschaft wird daher wie alle übrigen ehelichen Beziehungen der Ehegatten mit der tatsächlichen Auflösung der Ehe durch die Wiederverheiratung aufgelöst. Es hat daher gemäß § 1471 eine Auseinandersetzung stattzufinden. Diese erfolgt nach Maßgabe der §§ 1472—1481; jedoch bleiben die Bestimmungen der §§ 1478, 1479 außer Anwendung, da hier keine Scheidung vorliegt.

Die Beendigung der Gütergemeinschaft tritt auch dann ein, wenn diese sich gemäß Art. 158 EG. nach einem früheren Rechte richtet, wenn z. B. eine Verschollenheitserklärung nach französischem Rechte vorliegt. Art. 124 gibt dem zurückgebliebenen Ehegatten das Recht, entweder die Gütergemeinschaft fortzusetzen oder die Verwaltung der Güter zu übernehmen. Durch die ergänzende Todeserklärung des Art. 162 EG. wird hieran nichts geändert; denn diese hat nur Wirkung auf solche Rechtsverhältnisse, die von der Verschollenheitserklärung des früheren Rechts nicht berührt wurden.

Wird nun aber die Ehe infolge der Wiederverheiratung aufgelöst, so wird dadurch auch die Gütergemeinschaft des französischen Rechts beendigt. Denn keinesfalls kann die Gütergemeinschaft die Ehe überdauern.[101])

Diese Veränderungen im ehelichen Güterstande bedürfen einer Eintragung ins Güterrechtsregister nicht, da sie nicht durch Vertrag, sondern kraft Gesetzes entstehen (§ 1435).

Sie können daher Dritten gegenüber unbeschränkt jederzeit geltend gemacht werden.

---

[101]) A. M. Hachenburg S. 353: Die Gütergemeinschaft werde solchenfalls von der Wiederverheiratung nicht betroffen; der conjux binubus lebe gleichzeitig mit dem neuen Ehegatten in einem güterrechtlichen Verhältnisse und könne die frühere Gütergemeinschaft fortsetzen. Richtig: Habicht S. 94.

Nach der Auflösung besteht zwischen den Ehegatten keinerlei Unterhaltspflicht gegenseitig. Insbesondere bleiben die einschlägigen Vorschriften über die Unterhaltspflicht im Falle der Scheidung (§§ 1580 ff.) hier außer Betracht. Selbst im Falle der Bedürftigkeit tritt keine Unterhaltspflicht mehr ein.

In bezug auf die Namensführung der Ehefrau im Falle der Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 hat das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmungen getroffen. Ist die Ehefrau, die bis zur Wiederverheiratung den Namen des für tot Erklärten führte, der sich wieder verheiratende Teil, so erhält sie den Namen des neuen Ehemannes. Wenn nun diese neue Ehe für nichtig erklärt wird, so verliert sie auch den Namen ihres Ehemannes. Im Gesetze ist auch hierüber nichts gesagt. Man wird dies jedoch daraus zu schließen haben, daß § 1577 im Falle der Scheidung besonders normiert, daß die Ehefrau den Namen des Ehemannes behalte. Mangels einer gleichlautenden Vorschrift für den Fall der Nichtigkeit der Ehe hat sie ihren früheren Namen wieder anzunehmen. Dieser ist hier der des für tot erklärten Ehemannes.[101a])

Ist nun die Ehefrau der für tot erklärte Ehegatte, so sind die Vorschriften über die Namensführung im Falle der Scheidung entsprechend anzuwenden. § 1577 Abs. 1 wird auch hier ausschlaggebend sein müssen. Sie wird daher den Namen des sich wiederverheiratenden Ehegatten behalten. Nicht dagegen schlägt § 1577 Abs. 3 ein. Da es keinen für schuldig erklärten Teil gibt, so kann auch der Ehemann ihr die Führung des Namens nicht untersagen. Andererseits steht dem nichts entgegen, daß die Ehefrau auf den Namen ihres Ehemanns verzichtet, indem sie ihren vor der Verheiratung mit ihm geführten Namen oder ihren Familiennamen wieder annimmt (§ 1577 Abs. 2). Dies hat durch eine Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber der zuständigen Behörde zu erfolgen.

Die erbrechtlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander nehmen durch die Auflösung der Ehe ein Ende. Soweit eine

---

[101a]) So auch A. Schmidt S. 141, wenn er auch diese Ansicht zu Unrecht darauf stützt, daß die alte Ehe noch fortbestehe; vgl. auch Süßheim S. 581.

Erbfolge ab intestato in Frage kommt, kann nach § 1931 von einem gegenseitigen Erbrechte keine Rede mehr sein; denn es sind keine „Ehegatten" mehr vorhanden. Ebenso fällt das Pflichtteilsrecht nach § 2303 Abs. 2 weg.[102])

Hat einer der Ehegatten eine letztwillige Verfügung getroffen, so ist eine solche nach § 2077, soweit der Ehegatte bedacht war, unwirksam, wenn vor dem Erbfall eine Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 eingetreten war.[103])

Das gleiche gilt für das gemeinschaftliche Testament (§ 2268) und für den Erbvertrag (§ 2279).

Die Auflösung der früheren Ehe hat zur weiteren Folge, daß sich beide Ehegatten anderweit verheiraten können; der zurückgebliebene also, wenn die neue Ehe für nichtig erklärt wird, der für tot Erklärte jederzeit, auch wenn die neue Ehe des anderen für nichtig erklärt worden ist.

Formell ist zu einer solchen neuen Eheschließung nur der Nachweis erforderlich, daß der zurückgebliebene Ehegatte eine neue Ehe eingegangen ist. Derselbe läßt sich führen durch die Vorlegung eines Auszugs aus dem Heiratsregister über den Vollzug der ersten Ehe, der mit dem nach § 55 PStG. vorgeschriebenen Randvermerk über die Wiederverheiratung versehen ist.

Die neue Ehe des für tot erklärten Ehegatten ist rechtsbeständig, auch wenn die neue Ehe des zurückgebliebenen nachträglich für nichtig erklärt wird.

Die herrschende Lehre muß zu einer abweichenden, sehr bedenklichen Auffassung gelangen. Sie nimmt an, daß im Falle einer Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten die frühere Ehe noch fortbesteht. Dann muß auch die Ehe des für tot Erklärten, die dieser nach der Auflösung der früheren Ehe gemäß § 1348 Abs. 2 eingegangen ist, wegen Bigamie nichtig sein. Mit Hilfe des Anfechtungsrechts nach § 1350 könnte demnach einer der neuen Ehegatten auch diese neue Ehe des für tot Erklärten willkürlich zerstören.

Dies bedeutet dem letzteren gegenüber eine nicht geringe Unbilligkeit. Denn er könnte ja sich erst sorgfältig erkundigt haben,

[102]) Mot. Bd. 5 § 1931.

[103]) Mot. Bd. 4 § 1464 am Schlusse S. 645.

ob seine frühere Ehe noch besteht, ehe er seine neue Ehe eingeht. Trotzdem verfällt diese der Nichtigkeit, wenn das Anfechtungsrecht nach § 1350 noch ausgeübt wird.

Boelling[104]) meint demgegenüber, die Sorgfalt des für tot Erklärten müsse hier so weit gehen, daß er dem zurückgebliebenen und dem neuen Ehegatten Nachricht von seinem Leben gebe und dann die Anfechtungsfrist von 6 Monaten abwarte, ehe er eine neue Ehe eingehe. Er soll also, wo er doch die Absicht hat, mit einer dritten Person sich ehelich zu verbinden, erst den Anstoß zur Wiederherstellung der alten Ehe selbst geben. Dieser Ausweg ist so unpraktisch als irgend möglich.

Einen Ausweg glaubt Erler[105]) gefunden zu haben, indem er sich auf seine Theorie vom „Wiederaufleben" der alten Ehe stützt. Wenn der für tot Erklärte eine neue Ehe eingegangen ist, so ist seiner Auffassung nach ein Wiederaufleben der alten Ehe so lange unmöglich, als nicht die Nichtigkeit der neuen Ehe des für tot Erklärten ausgesprochen worden ist. Es soll also ein bedingtes Wiederaufleben stattfinden: ein für ein so wichtiges Institut wie die Ehe unerträglicher Schwebezustand. Überdies ist auch nicht ersichtlich, aus welchem Grunde hier die Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe des für tot Erklärten erfolgen soll; eine Doppelehe, kollidierend mit der früheren, kann deshalb nicht vorliegen, weil diese ja bis zu dem noch ungewissen Wiederaufleben gar nicht existiert. Nur wenn diese Ehe zufällig aus irgendeinem anderen Grunde für nichtig erklärt würde, fände das Wiederaufleben der alten Ehe statt.

Mit Recht hat sich die herrschende Lehre nicht zu dieser Auffassung bekehrt. Abgesehen von ihren bedenklichen Folgerungen ist schon an sich mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs eine ex-nunc-Wirkung einer Nichtigkeitserklärung, wie sie in dieser Auffassung vom Wiederaufleben enthalten ist, unvereinbar.

Die herrschende Lehre gelangt indessen zu einer weiteren unhaltbaren Konsequenz:

Der für tot Erklärte ist durch nichts behindert, auch dann eine neue Ehe einzugehen, wenn die Nichtigkeits- oder Anfechtungs-

---

[104]) Boelling S. 37 Anm. 3.

[105]) Erler, DJZ. 1896 S. 229.

klage gegen die neue Ehe des zurückgebliebenen Ehegatten schon erhoben ist. Es würde hier ein dem § 1349 entsprechendes aufschiebendes Ehehindernis fehlen. Hier soll deshalb[106]) eine Lücke im Gesetze vorhanden sein. Nach richtiger Ansicht jedoch handelt es sich hier nicht um eine Lücke im Gesetz, sondern um ein Indiz dafür, daß in der Tat selbst im Falle der Nichtigkeitserklärung der neuen Ehe der zurückgebliebenen Ehegatten die frühere aufgelöst bleibt.

Erwähnt sei noch, daß die herrschende Lehre dem für tot Erklärten folgerichtig die Möglichkeit gibt, die Scheidung der alten Ehe wegen Bigamie oder Ehebruchs zu verlangen, wenn die neue Ehe nichtig ist und der zurückgebliebene Ehegatte dies wußte oder wissen mußte.

Ein solches Scheidungsrecht erübrigt sich der richtigen Auffassung zufolge, da ja die frühere Ehe schon aufgelöst ist.

2. Rechtsstellung der Kinder.

a) Eheliche Abstammung.

Die Auflösung der Ehe infolge der Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehegatten ist auf die eheliche Abstammung der von der Ehefrau der früheren Ehe geborenen Kinder nicht ohne Einfluß. Solange die Todeserklärung in Kraft war und die Vermutung des Todes des Ehegatten begründete, wurde auch die Unehelichkeit der von der zurückgebliebenen Ehefrau geborenen Kinder vermutet, soweit sie dieselben nach der vermuteten Auflösung der früheren Ehe empfangen hatte. Diese Vermutung fällt jetzt weg. Alle Kinder, die von ihr bis zum Tage der Wiederverheiratung empfangen worden sind, werden jetzt unter einem einheitlichen Gesichtspunkte hinsichtlich ihrer ehelichen Abstammung betrachtet: sie sind nach § 1591 ehelich, soweit es nicht den Umständen nach offenbar unmöglich ist, daß sie nicht vom Ehemann empfangen worden sind. Letzteres wird sich vornehmlich nach dem Beginne der Verschollenheit richten. Die Geltendmachung der

---

[106]) Hachenburg S. 352; Sartorius S. 240ff.

Unehelichkeit der nicht vom Ehemann empfangenen Kinder steht jedoch allein diesem selbst zu (§ 1593). Die Eintragung der Kinder als uneheliche ins Geburtsregister muß auch als eine Geltendmachung der Unehelichkeit angesehen werden. War sie hinsichtlich der nach der vermuteten Eheauflösung empfangenen Kinder schon erfolgt, so ist sie jetzt zu berichtigen. Das gleiche gilt für solche Kinder, die auch noch vor der vermuteten Eheauflösung empfangen und in der Erwägung als uneheliche ins Geburtsregister eingetragen worden waren, daß ihr Vater vermutlich gestorben sei, ohne das Recht zur Anfechtung der Ehelichkeit verloren zu haben. Auch diese Vermutung ist jetzt widerlegt. Es steht ganz im Ermessen des für tot Erklärten, ob die Unehelichkeit der Kinder geltend gemacht werden kann oder nicht.

Eine Einschränkung erleidet dieser Grundsatz hinsichtlich derjenigen Kinder, die zwar vor der Wiederverheiratung — also noch während der früheren Ehe — empfangen, aber nach der Wiederverheiratung der Ehefrau geboren sind. Soweit die Geburt mehr als 302 Tage nach der Wiederverheiratung erfolgt, kommt das Anfechtungsrecht des für tot erklärten Ehemanns überhaupt nicht in Frage (§ 1593). Dann ist das Kind ein eheliches der neuen Ehe. Aber auch wenn die Geburt innerhalb dieses Zeitraums liegt, so ist es gemäß § 1591 ein eheliches Kind der neuen Ehe, wenn der Ehemann derselben der Ehefrau während der Empfängniszeit beigewohnt hat. Es ist hier ausgeschlossen, daß das Kind ein uneheliches ist. Daher ist das Anfechtungsrecht des § 1593 gegenstandslos.

§ 1600 muß hier außer Anwendung bleiben, da sich die Ehefrau ja nicht *nach* der Auflösung der Ehe mit dem für tot Erklärten wieder verheiratet hat, sondern sie hat die frühere Ehe durch die Wiederverheiratung, also gleichzeitig aufgelöst. Die Vorschrift des § 1600 soll auch nur diejenigen Fälle treffen, in denen infolge einer vorzeitigen Wiederverheiratung Zweifel über die Zugehörigkeit eines Kindes zu einer oder der anderen Ehe entstehen können. Ein solcher Fall liegt hier aber überhaupt nicht vor, da gar kein Zweifel besteht, daß das Kind ein eheliches der ersten Ehe bestimmt nicht ist. Zweifel könnten höchstens vorhanden sein, ob der Ehegatte die Unehelichkeit eines solchen Kindes geltend

machen könnte. Dies ist aber nach dem oben Angeführten ausgeschlossen, da hier § 1591 eingreift. Ist die neue Ehe nichtig und haben beide Ehegatten diese Nichtigkeit bei der Eheschließung gekannt, dann sind die aus dieser Ehe hervorgegangenen Kinder unehelich (§ 1699). Man müßte eigentlich annehmen, daß dann das vor der Wiederverheiratung empfangene und innerhalb 302 Tagen nach derselben geborene Kind nunmehr zwar zweifelsfrei unehelich ist, aber doch seine Unehelichkeit nicht geltend gemacht werden kann, bevor der für tot erklärte Ehegatte der früheren Ehe sein Anfechtungsrecht ausgeübt hat. M. E. wäre dieser Schluß unzutreffend. Die neue Ehe, wenn sie auch nichtig ist, absorbiert das Anfechtungsrecht des früheren Ehegatten auf jeden Fall. Die Unehelichkeit des Kindes, die auf der Nichtigkeit und der beiderseitigen Bösgläubigkeit der neuen Ehegatten beruht, muß als solche von jedermann geltend gemacht werden können. Es ist kein Grund vorhanden, warum auch diese Unehelichkeit nur dem Anfechtungsrechte des früheren Ehegatten unterworfen sein soll.

Dies würde auch zu Unzuträglichkeiten führen: das Anfechtungsrecht kann nach § 1594 nur innerhalb eines Jahres nach dem Zeitpunkte ausgeübt werden, in dem der Berechtigte von der Geburt des Kindes Kenntnis erhält. Unmaßgeblich ist, wann der Vater die Kenntnis erhält, daß die zweite Ehe nichtig und das Kind nach § 1699 unehelich ist, also als eheliches Kind seiner Ehe event. in Betracht kommt. Wenn er dies erfährt, mag die einjährige Frist schon längst verstrichen sein. Er könnte dann die Unehelichkeit dieses Kindes schlechterdings niemals geltend machen; denn auch eine vorsichtigerweise vorher erhobene Klage müßte abgewiesen werden, da ja die Nichtigkeit der neuen Ehe auch erst nach deren Feststellung durch Urteil geltend gemacht werden kann.

Äußerst verwirrt ist die Rechtsstellung der sämtlichen Kinder der zweiten Ehe, wenn man mit der herrschenden Lehre annimmt, daß dieselbe, wenn sie für nichtig erklärt ist, die alte Ehe niemals aufgelöst hat.

Sind die neuen Ehegatten nicht beide in Kenntnis der Nichtigkeit bei der Eheschließung gewesen, so gelten die Kinder als eheliche der nichtigen Ehe, während sie doch von der Ehefrau

der alten Ehe zur Zeit des Bestehens derselben geboren sind. Waren beide Ehegatten im bösen Glauben, dann sind die Kinder uneheliche, obwohl sie während einer Ehe von der Ehefrau derselben geboren sind; ihre Unehelichkeit kann nach dem oben Angeführten von jedermann geltend gemacht werden. Schon diese unklaren Rechtsverhältnisse weisen darauf hin, daß es nicht dem Sinne des Gesetzes entspricht, die Fortexistenz der alten Ehe von der Gültigkeit der neuen Ehe abhängig zu machen.

Soweit der Ehegatte der neuen Ehe der Ehefrau innerhalb der Empfängniszeit beigewohnt hat, ist, wenn die Kinder der letzteren vor der Wiederverheiratung geboren sind, eine legitimatio per subsequens matrimonium möglich. Denn diese Kinder sind den Umständen nach offenbar unmöglich vom für tot Erklärten empfangen. Sie sind also nach § 1591 uneheliche Kinder, auf die die Legitimation anwendbar ist. Muß nun der für tot Erklärte auch die Unehelichkeit solcher Kinder durch Anfechtung geltend machen? Ich glaube auch dies verneinen zu müssen, da hier die Legitimation die Unehelichkeit der Kinder beseitigt hat. Das legitimierte Kind ist dem ehelichen durchaus gleichgestellt. Selbst wenn die neue Ehe nichtig ist und beide Ehegatten die Nichtigkeit kannten, hängt die nunmehr gemäß § 1721 eintretende Unehelichkeit des Kindes nicht von der Anfechtung seitens des für tot erklärten Ehegatten ab. Diese Unehelichkeit muß von jedem geltend gemacht werden können.

b) Unterhaltspflicht.

Die Eltern sind ihren Kindern gemäß §§ 1601 ff. zum Unterhalt verpflichtet. Zunächst trifft diese Verpflichtung nach § 1606 Abs. 2 den Vater. Die Mutter haftet jedoch vor dem Vater, wenn ihr die Nutznießung am Vermögen des Kindes zusteht. Durch die Wiederverheiratung wird hieran nichts geändert.

Ist der Ehemann den Kindern gegenüber unterhaltspflichtig, so besteht für die Ehefrau nach § 1352 die Verpflichtung, ihm einen Beitrag zur Bestreitung dieses Unterhalts zu leisten. Hier kommen die Vorschriften für den Fall der Scheidung der Ehe zur Anwendung (§§ 1585 ff.).

Voraussetzung ist, daß es sich um ein gemeinschaftliches Kind handelt.

Die Beitragspflicht der Ehefrau beschränkt sich auf die Einkünfte ihres Vermögens und den Ertrag ihrer Arbeit oder eines selbständig von ihr betriebenen Erwerbsgeschäftes. Der Beitrag muß angemessen sein, d. h. er muß den Vermögensverhältnissen sowohl des Mannes als auch den ihrigen entsprechen.

Sie kann ferner für den Fall, daß ihr die Sorge für die Person des Kindes zusteht und eine erhebliche Gefährdung des Unterhalts des Kindes zu besorgen ist, ihren Beitrag zur eigenen Verwendung für den Unterhalt des Kindes für sich zurückbehalten (§ 1585 Abs. 2).

Ihre Beitragspflicht fällt weg, solange die Kosten des Unterhalts durch die dem früheren Ehegatten am Vermögen des Kindes zustehende Nutznießung gedeckt werden (§ 1585 Abs. 1 Ende).

Der Anspruch des Ehemanns auf diesen Beitrag ist höchstpersönlich, daher unübertragbar, unpfändbar und unvererblich.[107])

Das Kind hat gegenüber der Mutter keinerlei Anspruch auf diesen Beitrag.

Gleichgültig für diese Beitragsverpflichtung ist es, ob die Ehefrau wiederverheiratet ist oder nicht, ob sie noch anderen Unterhaltsverpflichtungen zu genügen hat oder nicht; letzterenfalls allerdings haben die Unterhaltsverpflichtungen den Vorrang vor dieser Beitragspflicht.

c) Elterliche Gewalt.

Die elterliche Gewalt steht in der Regel dem Vater zu (§ 1627). Dies erleidet keine Änderung, wenn die Ehefrau für tot erklärt worden ist. Falls sich aber der Vater wiederverheiratet und die frühere Ehe dadurch gemäß § 1348 Abs. 2 aufgelöst wird, so gilt nach § 1637 in Ansehung der Sorge für die Person des Kindes das gleiche, wie wenn die Ehe geschieden ist und beide Ehegatten für schuldig erklärt worden sind. Hier greift daher § 1635 ein. Demnach steht die Sorge für die Person eines

[107]) Fränkel S. 22 spricht ungenau davon, daß die Ehegatten sich in den Unterhalt zu „teilen" hätten.

Sohnes unter 6 Jahren und für die Tochter der Mutter, eines Sohnes über 6 Jahre dem Vater zu, unbeschadet des Rechts des Vormundschaftsgerichts, abändernde Anordnungen zu treffen. Im übrigen bleibt aber die elterliche Gewalt des Vaters unberührt, insbesondere sein Recht zur Vertretnng des Kindes (§ 1635 Abs. 2) und das der Sorge für sein Vermögen.

Verheiratet sich die für tot erklärte Mutter anderweit, so ändert dies an dieser Regelung der elterlichen Gewalt nach §§ 1635, 1637 nichts. Die Vorschriften des § 1697 kommen hier nicht in Betracht, da sie nur dann einschlagen, wenn der Mutter vor der Wiederverheiratung die volle elterliche Gewalt zustand.

Ist jedoch der Vater für tot erklärt worden, dann ist seine elterliche Gewalt schon gemäß § 1679 untergegangen. Hier geht die Wirkung der Todeserklärung über die bloße Vermutung hinaus zur Rechtsauflösung.

Nach § 1684 Abs. 1 Ziff. 1 steht nunmehr der Mutter die elterliche Gewalt zu. Verheiratet sie sich nunmehr und es wird die alte Ehe dadurch aufgelöst, so verliert sie die elterliche Gewalt nach Maßgabe von § 1697, d. h. sie kann das Kind nicht mehr vertreten. Diese Befugnis erhält ein Vormund. Sie behält nur das Recht und die Pflicht, für die Person des Kindes zu sorgen.

Der für tot Erklärte kann nach § 1679 Abs. 2 durch eine gegenüber dem Vormundschaftsgericht abzugebende Erklärung die elterliche Gewalt wiedererlangen, jedoch ist dies nur noch in der Beschränkung der §§ 1637, 1635 möglich.

Schließlich ist auch noch der Fall denkbar, daß der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hat und diese nach § 1684 Abs. 1 Ziff. 2 der Mutter zusteht. Wird nun die Mutter für tot erklärt, so ist § 1679 Abs. 1 mangels besonderer Vorschrift analog anzuwenden. Sie geht ebenso unter, wie wenn der im Besitze der elterlichen Gewalt befindliche Vater für tot erklärt wird. Letzterer erlangt sie aber durch die Todeserklärung der Mutter nicht etwa wieder. Auf ihn kann § 1684 Abs. 1 Ziff. 2 nicht analog angewendet werden, denn die Gründe für die Verwirkung der elterlichen Gewalt werden ja durch den Verlust derselben seitens der Mutter nicht berührt.

Die Wiederverheiratung des zurückgebliebenen Ehemanns bleibt deshalb auf die elterliche Gewalt hier ganz ohne Einfluß. Nur wenn die Mutter nach der Wiederverheiratung ihres Ehemanns die nach § 1679 Abs. 2 vorgeschriebene Erklärung abgibt, so ist es fraglich, ob sie dadurch die volle elterliche Gewalt wiedererlangt oder nur den ihr nach §§ 1635, 1637 zukommenden Teil. M. E. gelangt sie dann wieder in den Besitz der vollen elterlichen Gewalt; denn die erwähnten Vorschriften der §§ 1635, 1637 sollen nur dann eingreifen, wenn beide Elternteile einen Anspruch auf die Ausübung der elterlichen Gewalt haben, so wie dies vorliegt, wenn bei einer Ehescheidung beide Teile für schuldig erklärt sind, oder wenn eine Auflösung der Ehe nach § 1348 Abs. 2 erfolgt ist, ohne daß der Vater die elterliche Gewalt verwirkt hatte.

Hier aber hat der Vater kein Recht auf die elterliche Gewalt. Diese muß also der Mutter wieder ohne Beschränkung zufallen.

Geht sie ihrerseits später eine neue Ehe ein, dann tritt die Beschränkung des § 1697 in Kraft.

C. Die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung im Gebiete des Strafrechts.

Gewährt einerseits das Bürgerliche Gesetzbuch durch seine besonderen Bestimmungen der §§ 1348 ff. dem zurückgebliebenen Ehegatten gegenüber dem für tot Erklärten weitgehende Rechte, nämlich insbesondere das Recht, eine neue Ehe einzugehen und sich dadurch der früheren zu entledigen, so ist es andrerseits auch erforderlich, daß einem Mißbrauch dieser Rechte vorgebeugt wird. Soweit ein solcher Mißbrauch zugleich eine Normverletzung involviert, ist es die Aufgabe des Strafrechts, hier einzugreifen. Das Strafgesetzbuch genügt dieser Aufgabe, ohne für den Fall der Wiederverheiratung nach erfolgter Todeserklärung spezielle Strafbestimmungen aufzustellen, durch seine allgemeinen Vorschriften über die Vergehen gegen die Sittlichkeit und den Personenstand.

1. Doppelehe.

Ein Mißbrauch des Rechts, eine neue Ehe einzugehen, obwohl die Auflösung der früheren noch nicht eingetreten ist, sondern nur vermutet wird, liegt dann vor, wenn einer der neuen Ehegatten davon Kenntnis hat, daß die frühere Ehe noch besteht. Wenn auch das Bürgerliche Gesetzbuch diesen Mißbrauch nur dann als rechtserheblich hinstellt, wenn beide Ehegatten diese Kenntnis bei der Eheschließung besaßen, indem es in § 1348 Abs. 1 die so geschlossene Ehe für nichtig erklärt, so heißt es damit nicht etwa das Verhalten des einen bösgläubigen Ehegatten gut, wenn es auch seine Ehe als gültig bestehen läßt. Vielmehr nimmt es diese Konsequenz als das kleinere Übel mit in Kauf gegenüber dem größeren, den zurückgebliebenen Ehegatten zu zwingen, die

frühere Ehe mit dem verschuldeterweise so lange Verschollenen fortzusetzen.

Das Strafgesetzbuch kennt eine solche Rücksicht nicht. Es bedroht denjenigen in § 171 mit Strafe, der eine neue Ehe eingeht, bevor seine frühere Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

Objektiv ist dieser Tatbestand erfüllt, wenn der zurückgebliebene Ehegatte sich wiederverheiratet, bevor der für tot Erklärte tatsächlich gestorben ist. Denn die Auflösung der früheren Ehe nach § 1348 Abs. 2 erfolgt nicht vor, sondern durch die Wiederverheiratung.

Subjektiv aber ist erforderlich, daß der Täter weiß oder wissen muß, daß der für tot erklärte Ehegatte zur Zeit der Eheschließung noch am Leben ist. Das fahrlässige Nichtwissen enthält hier den dolus eventualis. Strafausschließend ist nur die Überzeugung, daß der Tod des für tot Erklärten vor der Eheschließung erfolgt sei. Hier liegt ein Irrtum vor, der dem Täter nach § 59 StGB. anzurechnen ist.[108])

Gleichgültig ist, welcher von beiden Ehegatten der Täter ist; der neue Ehegatte des zurückgebliebenen Ehegatten ist nach § 171 StGB. ebenso strafbar wie dieser selbst.

Unmaßgeblich ist auch, ob das Todeserklärungsurteil noch zu Recht besteht. Wenn der Nupturient vom tatsächlich eingetretenen Tode überzeugt ist, so schadet ihm ein Zweifel an dem formellen Bestand jenes Urteils nichts.

Die Strafbarkeit wegen Doppelehe kann demnach eintreten, obwohl die neue Ehe zu Recht besteht. Dies setzt allerdings voraus, daß einer der Ehegatten sich der strafbaren Handlung der Doppelehe nicht schuldig gemacht hat. Dessen guter Glaube vermag den anderen nicht vor der Strafe zu schützen.[109])

---

[108]) RG. Bd. 4 S. 38, Bd. 9 S. 84.

[109]) Staudinger-Engelmann zu § 1348; Rehbein, DJZ.; Franke, DJZ.; Erler, Monatsschr.; Hachenburg S. 343; Olshausen, StGB. S. 642 Anm. 4a; zutreffend Endemann § 164 Anm. 12: Die Auflösung der Ehe ist eine Wirkung seiner verbrecherischen Tat und kann daher nicht als befreiendes Tatbestandsmerkmal in Frage kommen.

Liegt der dolus eventualis vor, so können sogar beide Ehegatten strafbar sein, ohne daß deswegen Nichtigkeit der Ehe eintritt.[110]) Denn nach § 1348 Abs. 1 wird positive Kenntnis erfordert, Kennenmüssen schadet nichts.

Und nach § 1350 ergibt sich sogar die Möglichkeit, daß ein Ehegatte, der wegen seines dolus eventualis nach § 171 StGB. strafbar ist, doch noch das Anfechtungsrecht ausüben kann, denn auch hier ist das fahrlässige Nichtkennen nicht von Einfluß.

Der dolus eventualis umfaßt aber nur die fahrlässige Nichtkenntnis vom Fortleben des für tot Erklärten zur Zeit der neuen Eheschließung. Das gleiche gilt auch für den dolus selbst. Deshalb wird man nicht davon sprechen können, daß der Tatbestand des § 171 subjektiv erfüllt sei, wenn der Täter zwar wußte oder wissen mußte, daß der für tot Erklärte die Todeserklärung überlebt hat, wenn er nur davon überzeugt war, daß er zur Zeit der neuen Eheschließung nicht mehr am Leben war. Hieraus folgt, daß die neue Ehe nach § 1348 Abs. 1 nichtig sein kann, ohne daß deshalb einer der beiden Ehegatten sich strafbar gemacht zu haben braucht.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt gemäß § 171 Abs. 3 StGB. hier stets am Tage der Wiederverheiratung, weil diese die frühere Ehe auflöst, während die neue erst in diesem Zeitpunkte zu existieren beginnt. Anders jedoch, wenn man die herrschende Lehre zugrunde legt, welche die alte Ehe im Falle der Ungültigkeit der neuen fortbestehen läßt.

Voraussetzung für die Strafbarkeit ist in jedem Falle, daß es sich bei der neuen Ehe um eine wirkliche Ehe handelt. Ist dieselbe nichtig, so hat dies auf die Strafbarkeit keinen Einfluß, sofern ein matrimonium nullum vorliegt. Dagegen ist das matrimonium non existens nicht fähig, die Grundlage einer Doppelehe zu bilden. Denn diese setzt eine wirkliche Eheschließung voraus und wird auch als eine Verletzung der staatlichen Eheschließungsform[111]) bezeichnet.

---

[110]) So auch Olshausen S. 644 Anm. 7; Oppenhoff S. 389 Anm. 5; Erler, Monatsschr. S. 71; A. Schmidt S. 137; Binding S. 226; Fränkel S. 21.

[111]) Olshausen S. 642 Anm. 4a.

Der Standesbeamte, vor dem die neue Ehe abgeschlossen worden ist, kann sich der Beihilfe zur Doppelehe schuldig machen.[112]) Auch für ihn ist maßgebend, ob er bei der Eheschließung weiß, daß der für tot Erklärte in diesem Zeitpunkte noch lebt. Auch kann er den dolus eventualis besitzen. Das Beamtendelikt des § 338 StGB. kann er sich jedoch seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht mehr zuschulden kommen lassen, weil er nach § 1317 nicht mehr wie nach dem Personenstandsgesetze die Ehe selbst schließt, sondern nur noch bei der Schließung mitwirkt.[113])

Die Tat des Personenstandsbeamten ist durchaus akzessorischer Natur, da sie eben nur Beihilfe ist. Der Standesbeamte geht daher straflos aus, wenn er zwar vom Leben des für tot Erklärten Kenntnis hat, die beiden Ehegatten aber davon nichts wissen.

Der Religionsdiener, der die kirchliche Trauung der wegen Doppelehe strafbaren Nupturienten vornimmt, kann sich ebenfalls des Vergehens nach § 338 StGB. nicht schuldig machen. Er kann jedoch auch zur Bigamie keine Beihilfe leisten, weil das Verbrechen der Doppelehe ja mit der standesamtlichen Eheschließung vollendet ist. Inwieweit Begünstigung vorliegt, ist nach Lage des einzelnen Falls zu entscheiden. Die Möglichkeit ist immerhin nicht von der Hand zu weisen, daß der Religionsdiener die Nupturienten durch eine kirchliche Trauung vor ihrer Strafe zu entziehen sucht, indem er nach außen den Eindruck erweckt, als sei alles in Ordnung zugegangen.

Versuch der Bigamie ist strafbar, da ein Verbrechen vorliegt.

§ 171 Abs. 2 StGB. gestattet eine Strafminderung wegen mildernder Umstände. Als strafschärfend wirkt nach Binding[114]) der Umstand, daß durch die Wiederverheiratung die frühere Ehe vernichtet wird. Da dies nach der herrschenden Lehre nicht unter allen Umständen eintritt, so müßte im einzelnen Falle geprüft werden, ob die alte Ehe aufgelöst wird oder nicht, und demgemäß

---

[112]) vgl. Binding S. 227.

[113]) A. M. Olshausen S. 643 Anm. 4c, weil auch der Standesbeamte immerhin aktiv mitwirke; so auch Boelling S. 41.

[114]) S. 226.

die Strafschärfung eintreten. Auch dies würde zu ganz unmotivierten Differenzierungen führen.

2. Ehebruch.

Nach Binding[115]) geht das Verbrechen des Ehebruchs als ausnahmelose Begleiterscheinung der Doppelehe in derselben auf. Die herrschende Lehre[116]) jedoch nimmt hier Realkonkurrenz an, weil die Eheschließung als reiner Formalakt noch nicht mit dem Vollzug der Ehe identisch sei. Dieser Ansicht ist m. E. beizupflichten.

Da durch die Wiederverheiratung stets, selbst wenn die neue Ehe nichtig ist, die alte Ehe aufgelöst wird, so ist ein gegen sie gerichteter Ehebruch nicht mehr möglich. Denn § 172 StGB. setzt die Scheidung der verletzten Ehe voraus. Hier sind aber die Voraussetzungen einer Scheidung nicht mehr vorhanden.

Die herrschende Lehre muß zu einem anderen Ergebnisse kommen. Sobald die neue Ehe nichtig ist, sei es nun absolut oder infolge einer Anfechtung, kommt Ehebruch in Frage. Denn dann hat die alte Ehe nicht aufgehört zu existieren. Sie kann also auch geschieden werden. Der objektive Tatbestand des § 172 StGB. ist dann jedesmal gegeben, wenn es zwischen den beiden Ehegatten der neuen Ehe zur Vollziehung des Beischlafs gekommen ist.[117]) Subjektiv ist genau wie bei der Doppelehe erforderlich, daß der Zurückgebliebene, der conjux binubus, bei der Eheschließung nicht nur, sondern auch noch bei dem Vollzuge des Beischlafs die Kenntnis vom Leben des für tot Erklärten hat oder haben muß, und daß er ferner weiß, daß die neue Ehe nichtig ist. Die Kenntnis von der Anfechtbarkeit derselben genügt zum dolus eventualis, falls er nicht davon überzeugt ist, daß die Anfechtung unterbleibt, so z. B. wenn ihm der andere anfechtungsberechtigte Ehegatte versichert hat, das Anfechtungsrecht nicht ausüben zu wollen. Die Kenntnis von der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Ehe ist aber unbedingte Voraussetzung der Strafbarkeit,

---

[115]) S. 228.

[116]) Olshausen S. 643 Anm. 5.

[117]) Hierüber bei Boelling S. 41 ff.

denn sie involviert die Kenntnis von der Existenz der alten Ehe, gegen die sich der Ehebruch richtet.

Der andere neue Ehegatte würde als Mitschuldiger unter denselben Voraussetzungen strafbar sein.

Auch hieraus erhellt, zu welchen verwirrten Folgen die herrschende Lehre kommen muß.

3. Eheerschleichung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch erklärt die neue Ehe in weitem Umfange für gültig, wenn wenigstens einer der Nupturienten über den Tod des für tot Erklärten in gutem Glauben ist. Es hat das Ehehindernis nach § 1309 sehr weit ausgelegt, indem es die Vermutung der Eheauflösung der wirklichen Auflösung gleichsetzte; den Ehenichtigkeitsgrund des § 1326 hat es direkt außer Kraft gesetzt. Diese große Wirkung des guten Glaubens rückt die Gefahr nahe, daß ein Nupturient, um eine gültige Ehe eingehen zu können, den guten Glauben des anderen arglistig hervorruft oder unterhält, wenn er selbst dessen ermangelt. Hierin liegt natürlich ein nicht unbedeutender Mißbrauch der Vorschriften über die Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung (§§ 1348 ff.). Dem tritt § 170 StGB. in nicht vollgenügender Weise entgegen.

Der bösgläubige Nupturient will eine gültige Ehe eingehen, obwohl ihm selbst oder dem anderen Ehegatten das Ehehindernis des § 1309 entgegensteht. Er erreicht dies, indem er dies dem anderen arglistig verschweigt.

Nach § 170 StGB. würde er an sich auf Grund dieses Tatbestands strafbar sein. Denn es liegt hier ein gesetzliches, auch trennendes Ehehindernis vor — ein aufschiebendes würde nicht genügen, weil § 170 die Auflösung der Ehe wegen Verletzung dieses Ehehindernisses fordert, was jedoch bei einem aufschiebenden begrifflich nicht möglich ist —.

Jedoch könnte seine Bestrafung deshalb niemals eintreten, weil § 170 weiter erfordert, daß die Ehe aus diesem Grunde, d. h. wegen des arglistig verschwiegenen Ehehindernisses, aufgelöst wird. Eine solche Auflösung ist aber nach § 1348 Abs. 1 nicht statthaft; denn hier wird gerade der Nichtigkeitsgrund des § 1326 — wegen Doppelehe — ausgeschaltet.

Der Ausnahmefall der beiderseitigen Bösgläubigkeit kommt hier nicht in Frage, da dann der andere Teil nicht mehr arglistig getäuscht werden kann.

Um so mehr aber schlägt der zweite Fall des § 170 StGB. ein. Der Täter verleitet den anderen Teil mittels einer solchen Täuschung zur Eheschließung, die denselben zur Anfechtung der Ehe berechtigt.

Der bösgläubige Nupturient gibt arglistig vor, daß der für tot Erklärte tatsächlich gestorben sei, oder daß er wenigstens davon überzeugt sei. Der andere Teil läßt sich hierdurch zur Ehe bestimmen; bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe würde er wohl kaum zur Eheschließung geschritten sein.

Ihm steht nun das Anfechtungsrecht nach § 1334 zu; und sobald auf diese Anfechtung hin die Nichtigkeit der Ehe ausgesprochen worden und das Urteil rechtskräftig ist, ist der Täter auf Antrag des getäuschten Ehegatten zu bestrafen.

Dem Getäuschten steht auch das Anfechtungsrecht des § 1350 zu. Jedoch genügt die auf diese Anfechtung hin ausgesprochene Nichtigkeit der Ehe nicht, um die Bestrafung des Täters herbeizuführen. Denn wie oben dargetan, ist dieses Anfechtungsrecht ein durchaus abstraktes, an eine Täuschung ebensowenig wie an einen Irrtum gebundenes Angriffsmittel gegen die neue Ehe. Zumal wenn es feststeht, daß diese Anfechtung nur aus sittlichen und religiösen Gründen, wie dies dem Sinne des Gesetzes entspricht, geltend gemacht worden ist, dann kann keine Rede davon sein, daß die Ehe aus den Gründen der in § 170 StGB. maßgebenden arglistigen Täuschung aufgelöst worden sei. Es muß in einem solchen Falle die Bestrafung des Täters ebenso unterbleiben wie im Falle der Ehescheidung.[118])

---

[118]) Opet S. 87; Boelling S. 44 sind anderer Meinung; vgl. auch Olshausen S. 639 Anm. 6b; Binding S. 22.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.